



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA – POSGRAP
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO – COPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR**

NAYARA STHEFANY GONZAGA SILVA

**MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA E MÃES NO CÁRCERE: UMA
ANÁLISE SOB A LUZ DO SISTEMA DE GARANTIAS**

São Cristóvão

2019



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA – POSGRAP
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO – COPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PRODIR

NAYARA STHEFANY GONZAGA SILVA

MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA E MÃES NO CÁRCERE: UMA ANÁLISE
SOB A LUZ DO SISTEMA DE GARANTIAS

Dissertação apresentada ao Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constitucionalização do Direito. Linha de Pesquisa: Eficácia dos direitos fundamentais nas relações sociais e empresariais.

Orientadora: Prof. Dra. Karyna Batista Sposato.

São Cristóvão
2019

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

S586m

Silva, Nayara Sthefany Gonzaga

Marco legal da primeira infância e mães no cárcere: uma análise sob a luz do Sistema de Garantias / Nayara Sthefany Gonzaga Silva; orientadora Karyna Batista Sposato. – São Cristóvão, SE, 2019. 140 f. : il.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2019.

1.Direitos fundamentais. 2. Direito humanos. 3. Mães e filhos. 4. Prisão preventiva. 5. Crianças. 6. Prisioneiras. I. Sposato, Karyna Batista, orient. II. Título.

CDU 342.721:343.852-055.26

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA – POSGRAP
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO – COPGD
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PRODIR

NAYARA STHÉFANY GONZAGA SILVA

**MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA E MÃES NO CÁRCERE: UMA
ANÁLISE SOB A LUZ DO SISTEMA DE GARANTIAS**

DATA DE APROVAÇÃO: 06 de fevereiro de 2019

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constitucionalização do Direito. Linha de Pesquisa: Eficácia dos direitos fundamentais nas relações sociais e empresariais.

Orientadora: Profa. Dra. Karyna Batista Sposato – Universidade Federal de Sergipe

Membro Interno: Profa. Dra. Flávia de Ávila – Universidade Federal de Sergipe

Membro Externo: Profa. Dra. Marlene de Almeida Augusto de Souza – Universidade Federal de Sergipe

São Cristóvão

2019

“Por trás de uma janela entreaberta, um menino castigado olha incessantemente a brincadeira de outras crianças. Acompanha com seu corpo os movimentos de cada uma, goza e padece cada uma das vicissitudes alheias, mesmo que ninguém o veja. Será um bom homem. Se o deixarem sair ao mundo.” SKLIAR, Carlos. Infância e mundo, 2014.

Dedico-lhes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por sua presença constante em minha vida, iluminando-me e dando-me forças para enfrentar todos os percalços do caminhar. A Ele, que de fato é o verdadeiro idealizador deste projeto, minha gratidão.

Família, meu maior amor, a quem devo a vida. E com toda licença dedico o trecho, de autoria do saudoso Vinicius de Moraes, do Soneto de Fidelidade: “De tudo, ao meu amor serei atento antes, e com tal zelo, e sempre, e tanto” (...) e em especial ao meu marido, com o mais sublime amor me expresso: “Mas que seja infinito enquanto dure”, e que dure para sempre.

À professora Karyna, por ter me adotado como orientanda, que com muita paciência e com a sua peculiar genialidade guiou-me no complexo mundo acadêmico, fascinante e por vezes perturbador, que é a Ciência do Direito. Ela, uma estrela por natureza, iluminou meus primeiros passos, ainda quando eu balbuciava e devaneava em pensamentos e sonhos de iniciação científica, que em meio as minhas desafinadas melodias, hoje fez soar harmonicamente pequenas notas dissertativas. Minha eterna gratidão e carinho.

A todos os professores do Mestrado em Direito da UFS com os quais tive a oportunidade não só de adquirir conhecimentos técnicos, mas ensinamentos para toda vida. Agradeço, especialmente, aos professores: Carlos Alberto, Carlos Augusto Alcântara Machado, Daniela Costa, Flávia de Ávila, Henrique Ribeiro e Jussara Jacintho que, com as suas observações, e ensinamentos muito contribuíram para o aperfeiçoamento desta pesquisa.

Aos meus amigos, muitos dos quais se tornaram verdadeiros irmãos de coração, que permanecem ao meu lado em todos os momentos, sejam eles bons ou ruins, alegrando-se com a minha felicidade e me apoiando na dificuldade. Pecaria ao citar nomes, pois certamente faltaria espaço para escrever, aos que me ajudaram nessa jornada. Inorro em falta ao citar apenas Allan e Wallace, que há mais de 10 anos nutrem amizade e nesse ultimo semestre foram socorro nesta jornada, grata aos amigos do CODAP. A todos os novos amigos que fiz no curso do mestrado, que me acolheram com muito carinho: em especial à Thayse, Marcinha, Isabella, Renatinha, Gustavo Checcucci, Tânia, Hortência, Marcelo Aggita, Lucas, Êmille e Yan. Enfim, sou grata a todas as pessoas amigas que colaboraram, direta ou indiretamente, para a concretização deste trabalho.

RESUMO

O estudo objetiva examinar, a questão da concretização do direito à convivência familiar e comunitária dos filhos(as) de mulheres que estão presas preventivamente. Para tanto, analisa-se a aparente colisão entre *o jus puniendi* e o princípio do Melhor Interesse da criança, em específico quanto ao cabimento das prisões domiciliares, de grávidas ou com descendentes até doze anos. Com fundamento doutrinário na teoria do sistema garantista de Luigi Ferrajoli, a pesquisa investiga os impactos das Regras de Bangkok no cenário nacional bem como os reflexos do Marco Regulatório da Primeira Infância. Amparados pelas proposições de Sposato, Vygotsky e Wallon pretende-se por meio do conceito de criança, do ponto de vista legal e psico-pedagógico, na perspectiva do ciclo de vida, fundamentar o porquê da necessidade de políticas e direitos diferenciados ao infante. Por conseguinte, o estudo se concentra em outro ponto de investigação, qual seja: o Habeas Corpus coletivo 143.641, com a finalidade de aferir a aplicação desse precedente, do Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Justiça de Sergipe. Isto posto, a interpretação constitucional torna-se essencial para manutenção do sistema garantista no Estado Democrático de Direito, desde que respeitada a sua essência. Ao final, formulou-se uma proposta a partir da crítica ao presente apontando possíveis soluções ante aos questionamentos identificados, suscitando-se as ulteriores contribuições na construção de outros porvires.

PALAVRAS-CHAVES: Marco Legal da Primeira Infância. Melhor Interesse da Criança. Convivência Familiar e comunitária. Regras de Bangkok. Garantismo. Mães Presas Preventivamente.

ABSTRACT

The study aims to examine critically the matter of implementation of the right to familial and community living of the children of women who are imprisoned preventively. Therefore, with doctrinal foundation in the theory of the garantism system of Luigi Ferrajoli, the study investigates the impacts of the regulatory framework of early childhood on the discipline of home arrests. Thus, the apparent collision between the *jus puniendi* and the principle of the best interest of the child is analyzed, in particular as to appropriateness of home arrests, of women who are pregnant or have children aged up to twelve years. Another point of analysis considers the data and the social cost of the female prisonization and considers the international legal mechanisms that force the Brazilian State to comply with measures that attempt to minimize the ills in the penal system, as in the case of the Bangkok Rules. Supported by the propositions of Sposato, Vygotsky and Wallon, it is intended for Middle concept of child, revisits from a legal standpoint, and psychopedagogy from the perspective of life-cycle, in order to justify the need for differentiated policies and rights to the infant. Henceforth, the attention turns to another point of the investigation: the collective habeas corpus 143.641, with the purpose of assessing the application of the precedent, from the Federal Supreme Court, in the Court of Justice of Sergipe. hat said, the constitutional interpretation becomes essential for maintaining the abstract system in the democratic State of law, since respecting your essence. At the end, formulated a proposal from the criticism to this pointing possible solutions before the questions identified, leading to the further contributions in building other.

KEYWORDS: Legal Framework for Early childhood. . Best Interests of the Child. Bangkok Rules. Garantism. Mothers imprisoned Preventively. Coexistence Family Community level.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: "Prisão domiciliar filhos", entre 4 de maio de 2011 a 08 janeiro 2019.....	84
Gráfico 2 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: "Prisão domiciliar filhos", entre 4 de maio de 2011 a 07 março de 2016.....	86
Gráfico 3 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: "Prisão domiciliar filhos", entre 8 de março de 2016 a 08 janeiro 2019.....	88
Gráfico 4 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: "Prisão domiciliar filhos", entre 8 de março de 2016 a 19 janeiro 2019.....	89
Gráfico 5 - Julgamentos proferidos por Habeas Corpus pela manutenção da prisão preventiva ou prisão domiciliar entre o período de 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019.....	106
Gráfico 6 - Fundamentos da Manutenção da Preventiva: Exceções previstas na decisão proferida no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP.....	108
Gráfico 7 - Fundamentos da Concessão da Prisão Domiciliar: com base no HC Coletivo 143.641/SP.....	112
Gráfico 8 - Condições das mães que obtiveram prisão domiciliar.....	114
Gráfico 9 - Tipos penais supostamente praticados.....	119
Gráfico 10 - Suposta incidência da Lei 11.343/2016 das mães no cárcere nos Habeas Corpus do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.....	121
Gráfico 11 - Idades das crianças com mães em prisão preventiva no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.....	123

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADHU- Coletivo de Advogados em Direitos Humanos

CF- Constituição Federal

CIJ - Corte Internacional de Justiça

CP- Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

DCA - Direito da Criança e do Adolescente

DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional

DPE- Defensoria Publica do Estado

DPU- Defensoria Publica da União

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

HC- Habeas Corpus

IBGE - Instituto de Brasileiro de Geografia e Estatística

ITTC- Instituto Terra Trabalho e Cidadania.

MP- Ministério Público

NCPI- Núcleo Ciência Pela Infância (NCPI)

OIs - Organizações Internacionais

ONGs - Organizações não Governamentais

ONU - Organização das Nações Unidas

PAM - Programa Alimentar Mundial

PEC- Proposta de Emenda à Constituição

PGR- Procurador-Geral da República/ Procuradoria-Geral da República

QO - Questão de Ordem

RC - Recurso Criminal

Rcl - Reclamação

RE - Recurso Extraordinário

RHC - Recurso em Habeas Corpus

RHD - Recurso em Habeas Data

RISTF - Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RISTF - Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

Rp - Representação

SE - Sentença Estrangeira

SEC - Sentença Estrangeira Contestada

SG- Sistema de Garantias

SGDCA - O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente

SL - Suspensão de Liminar

SS - Suspensão de Segurança

STA - Suspensão de Tutela Antecipada

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STM -Superior Tribunal Militar

SUS - Sistema Único de Saúde

TA- Tutela Antecipada

TJ PE- Tribunal de Justiça de Pernambuco

TJDFT -Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJSE- Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

TJSP- Tribunal de Justiça de São Paulo

TRF- Tribunal Regional Federal

UNHCR - United Nations High Commissioner for Refugees

UNOCHA - Escritório para Coordenação dos Assuntos Humanitários das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PRIMEIRA INFÂNCIA E SISTEMA DE GARANTIAS	16
1.1 Conceito de infância	16
1.2 Sistema de garantia e os direitos da criança	19
1.3 Princípios que regem os Direitos da Criança.....	23
1.3.1 Princípio da Prioridade Absoluta.....	24
1.3.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.....	26
1.3.3 Princípio da Convivência Familiar e Comunitária	27
1.4 O sistema de garantias e a pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.....	33
2. O MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA E O SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES.....	39
2.1 Regras de Bangkok e seus antecedentes.....	39
2.2 Natureza jurídica das Regras de Bangkok.....	44
2.3 Regras de Bangkok e sua aplicabilidade no Brasil: o Estatuto da Primeira Infância	51
2.4 O Estatuto da Primeira Infância: ponderação entre o Direito de Punir e o Princípio do Melhor Interesse da Criança	53
3. O DIREITO DE ESTAR JUNTO: MÃES E SEUS FILHOS NO CÁRCERE.....	63
3.1 O Supremo Tribunal Federal e o Estatuto da Primeira Infância: Análise do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641.....	63
3.2 Prisões cautelares: mães e filhos no cárcere	73
3.3 Custos sociais da maternidade no cárcere	76
3.4 Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe: maternidade, prisão preventiva e prisão domiciliar.....	84
3.4.1 O posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe diante da ocorrência do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641	93
3.4.2 Efeitos do Habeas Corpus Coletivo 143.641 no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe	96
4. CONCLUSÃO.....	119
REFERÊNCIAS	125
ANEXOS	136

INTRODUÇÃO

O interesse pela temática da proteção dos direitos das crianças, que crescem na companhia de suas mães no cárcere, surge da necessidade de verificar se, na prática, há a efetiva proteção aos direitos infanto-juvenis, especificamente quanto à aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto da Primeira Infância, e das Regras de Bangkok. Em 2018, no Brasil, foi emitida uma emblemática decisão pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para tentar solucionar as questões, das singularidades de gênero, e as demandas da vulnerabilidade dos filhos das mulheres em cárcere.

O fundamental marco normativo internacional, as Regras de Bangkok, Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras foram aprovadas no ano 2010 pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Essas normas indicam um olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, na dimensão da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres e seus filhos menores de idade no sistema carcerário.

Em 8 de março de 2016, entrou em vigor a Lei nº 12.357 de 2016, esse marco normativo estabelece princípios e diretrizes importantes. Em consonância com os parâmetros do Estatuto da Primeira Infância, formula e propõe políticas públicas para a primeira infância em atenção às especificidades e com destaque, aos iniciais anos de vida do desenvolvimento do ser humano.

Com fundamento nos dispositivos citados anteriormente, o emblemático acórdão proferido no Habeas Corpus Coletivo¹ 143.64, em 20 de fevereiro de 2018, foi um dos mais importantes do ano, em matéria constitucional-penal. Ele conferiu ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar das mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou mães de crianças.

Nesse cenário, a problemática da pesquisa em tela é analisar se, ao julgar os Habeas Corpus de mulheres presas preventivamente e com filhos menores de 12 anos, o Supremo Tribunal Federal concilia, pondera e sopesa o *jus puniendi*² do Estado e o princípio do melhor

¹ Em razão da importância da matéria contida no acórdão, os presentes comentários são feitos a partir de dados eletrônicos da emente bem como da notícia publicada pelo STF em 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>.

² É entendido como potestade punitiva do Estado, explanada como poder de conferir, aplicar e executar as penas; o segundo os de normas primárias e secundárias que lhe dá aparência e, de certa forma, conforma o

interesse da criança. Por conseguinte, busca-se aferir a aplicação e os efeitos da decisão da Corte Constitucional Brasileira nos casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Dada essa circunstância, visa-se à luz do aporte teórico garantista de Ferrajoli³ verificar o problema em questão: a aplicação do princípio do melhor interesse da criança, especificamente dos impúberes que se encontram acompanhados de suas mães no cárcere.

Em princípio, busca-se considerar, com base nos princípios constitucionais e da legislação infraconstitucional, a concretização do princípio do melhor interesse da criança. Para tanto, realiza-se análise na perspectiva do juspositivismo crítico⁴, sob o ponto de vista da teoria geral do garantismo, a política constitucional e sua hermenêutica, a fim de trazer uma solução para o aparente conflito entre o direito de punir e o direito de convivência entre mãe e filho, quando esta esteja presa.

Por oportuno, surgem questionamentos diante do fundamento do melhor interesse da criança e da proteção à maternidade, bem como o direito à convivência familiar e comunitária. Indaga-se como os princípios são utilizados como instrumentos adequados para manter a proteção dos direitos humanos das crianças e das mulheres grávidas no cárcere brasileiro?

Nesse sentido, por que o direito precisa reconhecer uma garantia diferenciada para as crianças? Como apontar uma saída entre a institucionalização da criança ou a separação da mãe?

Em contrapartida, qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente ao disposto no Estatuto da Primeira Infância na aparente colisão do princípio do melhor interesse da criança e o direito de punir do Estado e qual o efeito dessa decisão?

A escolha da temática a ser desenvolvida ocorreu por sua indiscutível relevância social e jurídica, visto que, o número de mulheres encarceradas está em constante crescimento⁵.

Direito penal (*ius penale*) compõe seu outro sentido, o utilitário. O principal sentido possui caráter, de modo conspícua político, enquanto o segundo concebe o seu aspecto normativo. Desse modo, a Política criminal institui “a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização-descriminalização.” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2004.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradutores do livro Diritto e Ragione: teoria dei garantismo penale, de Luigi Ferrajoli, 6.ed. Roma: Laterza, 2000 : ANA PAULA ZOMER, JUAREZ TAVARES, FAUZI HASSAN CHOUKR, LUIZ FLÁVIO GOMES. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁵ O resultado foi fruto do levantamento nacional, 2º edição do Infopen Mulheres, publicado pelo Ministério da Justiça em 11 de maio de 2018, compilou as informações penitenciárias a partir do recorte de gênero, a qual aponta que, em junho de 2016, estavam presas 42.355 mulheres brasileiras, superando a Tailândia (41.119) e ficando atrás somente dos Estados Unidos (211.870), China (107.131) e Rússia (48.478). Sabe-se que da totalidade das mulheres aprisionadas, 74% delas são mães, e que do total das presas brasileiras, 45,39% estão encarceradas sem sentença penal condenatória. As coletas de dados foram compreendidas entre o período de Dezembro de 2015 a Junho de 2016. BRASIL, ministério da justiça e segurança pública. Levantamento Nacional de Informações penitenciárias. INFOPEN, mulheres. 2º edição.

Entretanto, os estudos referentes às prisões femininas continuam escassos, principalmente quando diz respeito a presas que permanecem com seus filhos nos alojamentos carcerários. Dada à necessidade de vínculo e nutrição com a mãe, em ambiente saudável, que propicie e estimule o desenvolvimento integral da criança, esses elementos são essenciais à condição humana para se desenvolver de forma sadia nos seus primeiros anos de vida. Dessa forma, o encarceramento dos filhos em virtude de suas mães estarem presas, será o âmago da questão.

Metodologicamente, a dissertação estrutura-se em quatro capítulos, conforme os objetivos específicos, hipóteses e coleta de dados a fim de possibilitar um raciocínio conclusivo que se relacione com o objetivo principal da investigação exploratória a qual será desenvolvida durante a pesquisa⁶.

Desse modo, a metodologia de abordagem do tema é analítica, empírica⁷ e crítica. Parte-se da análise de conceitos jurídicos estabelecidos no material normativo, segue-se para uma verificação empírica, a partir da jurisprudência, e desenvolve-se a crítica argumentativa a partir de referências teóricas pertinentes aos direitos fundamentais. Para tanto, a pesquisa caracteriza-se como bibliográfica, de natureza qualitativa, tendo como principal aporte teórico os estudos da teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli.

Isto posto, o objetivo geral da pesquisa é aferir a aplicabilidade e eficácia do princípio do melhor interesse da criança em colisão com o *jus puniendi* estatal na perspectiva da Lei nº 13.257 de 2016. Para tanto, busca-se examinar o alcance dos direitos fundamentais das crianças, com fundamento em Luigi Ferrajoli e Ingo Wolfgang Sarlet. Em virtude deste primeiro questionamento, passa a existir outros desdobramentos que resultam em objetivos específicos da presente pesquisa, sendo estes:

No primeiro capítulo, pretende-se analisar a primeira infância e o sistema de garantias à luz da teoria de Ferrajoli, compreendendo o porquê da importância da implementação de

<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf

> Capturado em 16 de maio de 2018.

⁶ Para viabilidade da investigação será utilizado o tipo de pesquisa documental, é válida a definição dada por Gil a respeito apreciação significativa de pesquisa exploratória, essa tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses (...) têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de instituições. Seu planejamento é, portanto, bastante flexível, de modo que possibilite a consideração dos mais variados aspectos relativos ao fato estudado. Na maioria dos casos, essas pesquisas envolvem: (a) levantamento bibliográfico; (b) entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado; e (c) análise dos exemplos que estimulem a compreensão (GIL, 2002, p. 57).

⁷ “O que faz uma pesquisa ser empírica é que seja baseada em observações do mundo – em outras palavras, dados, o que é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo. Esses fatos podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência, ou ser o resultado de entrevistas ou pesquisas, ou os resultados pesquisas auxiliares arquivísticas ou de coletas de dados primários.” Epstein, Lee Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico] : as regras de inferência / Lee Epstein, Gary King. --São Paulo : Direito GV, 2013. -- (Coleção acadêmica livre) 7 Mb ; PDF Título original: The rules of inference. - Vários tradutores.

princípios relacionados à infância. Nesse sentido, desenvolve-se o conceito de infância, por meio do estudo dos ciclos da vida humana. Em seguida a apreciação do sistema de Garantias e Direito da Criança e os Princípios que regem o direito da criança. Posteriormente é examinado o sistema de garantias e a pessoa em condição peculiar de desenvolvimento sob o aporte teórico de Ferrajoli, Machado e Sposato, como já referido anteriormente.

O segundo capítulo estuda o estatuto da primeira infância e o sistema de medidas cautelares na perspectiva do principal marco normativo internacional, qual seja: as Regras de Bangkok e o estudo dos seus antecedentes, qual a sua natureza jurídica, na perspectiva de Nasser⁸ e sua repercussão no Brasil. Por consequência, aborda-se o estatuto da primeira infância, bem como a ponderação, na perspectiva do Sarmento⁹ e do Ávila¹⁰, entre o direito de punir e o princípio do melhor interesse da criança. Nesse percurso são utilizados os referenciais teóricos de Piovesan¹¹, Bobbio¹² Beccaria¹³, Bicudo¹⁴, Canotilho¹⁵.

No terceiro capítulo, a pesquisa versa sobre o direito de estar junto: mães e seus filhos no cárcere. Diante disso, busca-se averiguar como se dá a aplicação pelo Supremo Tribunal Federal do Estatuto da Primeira Infância e pormenorizadamente analisa-se o Habeas Corpus Coletivo nº 143.641. Como forma de aprofundar o estudo sobre as prisões cautelares, em específico, a respeito da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, foi utilizado o aporte teórico de Bottini¹⁶ e Kimberlé Crenshaw¹⁷.

Por derradeiro, visa-se ainda analisar os custos sociais da maternidade no cárcere e a aplicação do Habeas Corpus Coletivo nº 14.3641/SP. Posteriormente, se dá a análise de conteúdo¹⁸ do precedente: Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Esse método constitui-se por ser um conjunto de técnicas utilizadas na

⁸ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law**. São Paulo: Atlas, 2005.

⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo, Malheiros Editora, 2004.

¹¹ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992

¹³ BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Rizzoli, 1950.

¹⁴ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria geral da pena. São Paulo. Saraiva, 2010.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003

¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo. **Medidas cautelares**: Projeto de lei nº 111 de 2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal: As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008

¹⁷ CRENSHAW, Kimberlè **Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics**. 1989. Disponível em: < <http://politicalscience.tamu.edu/documents/faculty/Crenshaw-Demarginalizing.pdf> >. Acesso em: 19 dezembro de 2018.

¹⁸ BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. L' Analyse de Conremt. Presses Univcrsitaires de France. Tradução de Luís Antero Reta e Augusto Pinheiro. 1977.

análise de dados qualitativos. Análise se dá, sobretudo de casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, entre 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019, sob a ótica do Habeas Corpus Coletivo 143.641 do STF, traçando diagnósticos sobre o melhor interesse da criança versus o Direito de Punir do Estado, em casos de mães em prisão preventiva que requerem prisões domiciliares.

Assim, acredita-se que, com o desenvolvimento da presente pesquisa, será possível compreender como o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Justiça de Sergipe, costumam atuar quando existem interesses de crianças, que vivem ao lado de suas mães em estabelecimentos prisionais, em conflito com o direito de punir do Estado. Por fim, não se propõe uma análise, como exame meramente de um conjunto de normas, em geral sem aplicabilidade prática, mas sim por um ordenamento percebido como justo e necessário, como bem maior da própria sociedade, verdadeiro meio de prover as múltiplas demandas concretizadoras de direitos fundamentais. Neste sentido, num contexto interdisciplinar e de crescente desenvolvimento, se propõem possíveis conformações inovadoras, dos direitos da criança.

Interessantes e instigantes foram às transformações sofridas pelo tema durante o desenvolver da pesquisa, demonstrando sua atualidade e importância. De início, a entrada em vigor do Marco Legal da Primeira Infância, a Lei nº 13.257 de 2016, trouxe roupagem inovadora, alterando diversos dispositivos na legislação brasileira, dentre eles o foco da investigação, qual seja: o artigo 318 do Código Penal Brasileiro. Posteriormente em 2018, após inúmeros Habeas Corpus sendo julgados com decisões, por vezes conflitantes, e tratando do mesmo tema em comento, chega-se a Suprema Corte do País, o Habeas Corpus Coletivo nº 143.641.

Essa Ação de natureza Constitucional, com um delicado tema, instigou no Supremo Tribunal Federal o julgamento do caso paradigmático que se fundamentou, sobretudo na Legislação da Primeira Infância, e nas Regras de Bangkok. As mudanças se intensificam, posto que, os efeitos da decisão não é *Erga Omnes*, mas possui efeito vinculante.

Para explicitar ainda mais a decisão, em 25 de outubro de 2018, a Suprema Corte, manifesta-se a respeito do *leading case*¹⁹, ratificando a insuscetibilidade de utilização da reclamação como sucedâneo de recurso ou outras ações cabíveis, declarando o Habeas Corpus Coletivo 13.641, como precedente vinculante e obrigando os tribunais a cumprirem.

¹⁹ Guido Fernando Silva Soares em sua obra *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA* (1ª ed., 2ª tir., RT, 1999, 40-42p.) explica que o *leading case* é “uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam” que “cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros”.

Por fim, em 19 dezembro de 2018, é sancionada a Lei nº 13.769, que altera mais uma vez o artigo 318 do Código de Processo Penal, desta vez adotando perspectiva mais restritiva.

Essas intensas transformações no cenário jurídico brasileiro, abrangendo a maternidade no cárcere e a prole de mães presas preventivamente, durante o período de 2016 a 2018, ocupam o centro de análise da pesquisa acerca do Marco Legal da Primeira Infância e mães no cárcere, em uma apreciação sob a luz do Sistema de Garantias.

1 PRIMEIRA INFÂNCIA E SISTEMA DE GARANTIAS

O objetivo central deste capítulo é revisitar o conceito de criança, a partir do ponto de vista normativo, e definir os iniciais anos de vida do ser humano, por meio do que preceitua o Marco Regulatório da Primeira Infância e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecidos como preceitos básicos. Compreender a vulnerabilidade da pessoa humana em condição peculiar de desenvolvimento nos faz refletir sobre os reais motivos da existência de princípios específicos para a garantia de direitos fundamentais da criança. Esses são caminhos que possibilitam o entendimento da necessidade de um sistema de garantias para os mais frágeis ou fracos conforme as lições de Ferrajoli²⁰. Para isso, serão arrazoados em três pontos os elementos essenciais da primeira infância e do sistema de garantias.

1.1 Conceito de infância

O desenvolvimento da pessoa humana inclui todas as mudanças morfológicas, fisiológicas e emocionais que colaboram para o curso de seu ciclo de vida. Do ponto de vista do Direito, a legislação brasileira considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquelas entre doze e dezoito anos de idade, conforme a definição do artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mais recentemente, o Estatuto da Primeira Infância, Lei nº 13.257 promulgado em 08 de março de 2016, estabeleceu que o período abrangente entre os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança correspondem ao conceito de primeira infância.

Esse marco regulatório da Primeira Infância, estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas na primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento do ser humano. Essa legislação, como mandamento, provoca o dever do Estado a estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral, essa Lei produz alterações em vários diplomas legais e áreas do Direito.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez e Andréa Greppi. Título original: Il diritto come sistema de garanzie. . Madrid: Trotta, 1999.

Um atendimento importante, nesse primeiro momento é o reconhecimento de que a categoria social, crianças e adolescentes, são construções históricas, e que a representação hoje hegemônica sobre ambas não dá conta do conjunto das práticas vivenciadas em diferentes sociedades por grupos sociais pertencentes a uma mesa faixa etária²¹. Os ritos de passagem que introduzem a criança na sua categoria social de adultos são períodos simbólicos, que conhecem a possibilidade desse ser humano já poder desempenhar funções sociais coletivas.

A par disso, os ciclos de vida na perspectiva do Fundo das Nações Unidas, Unicef²², apresenta como foco o desenvolvimento integral do sujeito de direitos até 18 anos de idade, pois inclui este período da vida como decisivo na formação da pessoa. As compreensões dos ciclos de vida se estruturam de três formas, a saber:

O ciclo, assim compreendido, se estrutura para o contexto programático em três momentos, a saber: desenvolvimento infantil - compreende as crianças na faixa de 0 a 6 anos. Nesse período, o ambiente privilegiado é o ambiente familiar; a Pré-adolescência e a Primeira Adolescência - compreende meninos e meninas com idade entre 7 e 14 anos.

O ciclo de vida trata-se de um referencial metodológico, que aborda de forma associada, os assuntos e as políticas atinentes à infância, sem perder de vista a singularidade de sua categoria social. Quer dizer que, entende a infância em três importantes e distintos momentos, mas que entre si interligam-se, e se ordenam para o todo relativo a esses três momentos, qual seja: desenvolvimento infantil, que consiste na etapa que engloba crianças na faixa de 0 a 6 anos. Nessa ocasião, o ambiente de maior relevância é o ambiente familiar. Nesse sentido, não podemos pensar esta etapa da vida como uma abstração, mas sim como um conjunto de fatores que institui determinadas posições que incluem a família, a escola, pai, mãe, entre outros que cooperam para que haja determinados modos de pensar e viver a infância.

A noção indicada pressupõe um ser humano caracterizado por três dimensões: a singular, a particular e a humano-genérica. Três instâncias de um próprio ser distinguidas por sua subjetividade, por sua inclusão em diferentes redes sociais, da qual congrega um conjunto de valores e práticas, e por sua condição humana, essas características os diferenciam de outros seres vivos²³.

²¹ ARIÈS, P. **História social da infância e da família**. Tradução D. Flaksman. Rio de Janeiro: LCT, 1978.

²² SILVA, Helena Oliveira; SILVA, Jailson de Souza. **Análise da violência contra as crianças e o adolescente segundo o ciclo de vida no Brasil**. São Paulo: Global Brasília. Unicef, 2005.

²³ SILVA, Helena Oliveira; SILVA, Jailson de Souza. **Análise da violência contra as crianças e o adolescente segundo o ciclo de vida no Brasil**. São Paulo: Global Brasília. Unicef, 2005.

Um ser humano é caracterizado por uma noção plural e ao mesmo tempo subjetiva. A noção singular é carregada de subjetividade única em si mesma, ou seja, cada organismo é impar dotado de sua própria singularidade. Ao mesmo tempo, é particular, com suas especialidades privadas quando relacionadas aos outros seres na esfera social, e a característica humano-genérica diz respeito ao que há em comum em relação ao coletivo, são os atributos contidos, de forma geral, em toda a espécie humana.

Pode-se pensar a partir da perspectiva das dimensões: singular, a particular e a humano-genérica dos indivíduos que se encontram em etapa peculiar de desenvolvimento, que eles não podem ser tratados de forma homogeneizadora, ou seja, fora do tempo e do espaço. Esse olhar estruturalista fundamenta a argumentação dos movimentos voltados à defesa de políticas públicas voltadas à criança e ao adolescente.

Ciclo de vida trata-se, portanto, de um referencial programático e metodológico que norteia as interpretações e ações do Unicef no seu trabalho de defesa e garantia dos direitos da infância e da adolescência no Brasil.

A ideia com o termo Ciclo de Vida²⁴ é uma alternativa interpretativa, de ação que ultrapassa as perspectivas setoriais fragmentadas, e visa atender um dos princípios do Sistema de Garantias de Direitos que é a intersetorialidade e articulação de políticas públicas em prol das crianças e do adolescente. Dessa forma, abranger a compreensão e consideração dos processos distintos de desenvolvimento psicossocial deste sujeito de direito é um desafio a todos os setores das políticas públicas.

Dessa forma, definir infância é um fato complexo, posto que o conceito de infância está umbilicalmente ligado ao significado contido no “ciclos de vida”, que por sua vez é definido, não como um período estanque do ser humano, mas em fases cíclicas que dizem respeito a experiência infantil, compreendida na e pela faixa de 0 a 6 anos, é que o ambiente familiar e comunitário é indispensável ao desenvolvimento saudável, reconhecendo um desenvolvimento contínuo entre um período e outro. Sob a perspectiva da infância como da dimensão original do ser humano: singular, a particular e a humano-genérica dos indivíduos que se encontram em etapa peculiar de desenvolvimento. Assim, infância é a passagem singular do indivíduo, sujeito de direito, fase essa que é irretroativa e articulada às circunstâncias de forma intrínseca e extrínseca, em diacronia ou sincronia com seu desenvolvimento físico, mental e social de pessoa humana em condição peculiar, e que por isso é digno de garantias diferenciadas.

²⁴ SILVA, Helena Oliveira; SILVA, Jailson de Souza. **Análise da violência contra as crianças e o adolescente segundo o ciclo de vida no Brasil**. São Paulo: Global Brasília. Unicef, 2005. p 28.

1.2 Sistema de garantia e os direitos da criança

O conceito de estruturação de um Sistema de Garantia e Direitos, na área da criança e do adolescente, foi invocado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988. No processo de redemocratização do Brasil, criaram-se novas formas de participação popular, e dentre as várias inovações, os conselhos incidiram em proposta concreta de participação da sociedade civil em parceria com o Estado, objetivando a defesa e a proteção à infância.

Nessa mesma perspectiva, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos e o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), em deliberação conjunta, assinaram, em 19 abril de 2006, a Resolução de n. 113, que dispõe sobre parâmetros para a institucionalização e o fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente²⁵.

Nesta Resolução, a conformação do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente se articula a partir da integração em rede das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, a partir de três eixos estratégicos de ação na área dos direitos humanos: da defesa; da promoção, e do controle de sua efetivação²⁶.

O Sistema de Garantia de Direitos tem sua base no Estatuto da Criança e do Adolescente especificamente no artigo 86, o qual determina que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Neste sentido, Garcia²⁷ adverte que o eixo da promoção de direitos, tem como desígnio, a formulação e deliberação de políticas sociais públicas como educação, saúde, saneamento, habitação e assistência social, buscando priorizar o atendimento das necessidades básicas por meio de serviços, programas e projetos, governamentais ou não governamentais, para a garantia das necessidades básicas, do respeito à liberdade, integridade e dignidade de crianças e adolescentes.

Na perspectiva do Sistema de Garantias e Direitos, é necessário compreender que, sobrevivência, com dignidade, de uma criança depende de alimentação, cuidados, assistência material e afetiva. Para tanto, é indispensável, com a máxima urgência, elaborar e

²⁵ NETO, Vanderlino Nogueira. Por um Sistema de promoção e proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes. In: **Revista Serviço Social e Sociedade**. São Paulo: Cortez, Especial/2005. Ano XXVI, n. 83. p. 05-29.

²⁶ Idem.

²⁷ GARCIA, Margarida Bosch. Um Sistema de Garantia de Direitos – Fundamentação (A). In: **Sistema de garantia de direitos**: Um caminho para a proteção integral. Recife: Cendhec, 1999, p. 3.

implementar políticas que tratem da permanência do bebê com a mãe, que privilegiem o desencarceramento e, em casos de manutenção da prisão, que esta convivência se dê em ambiente confortável e salubre para ambas as partes, com recursos e suporte para a garantia dos direitos dessas mulheres e crianças. Essas questões dizem respeito a aspectos mínimos da sobrevivência do ser vivo e tangenciam a dignidade²⁸ da pessoa humana.

Conforme lições de José Afonso da Silva a respeito da dignidade da pessoa humana, a vida possui dignidade em si mesma, seja ela mais frágil, como, por exemplo, no momento em que o recém-nascido respira, ou no ápice do desenvolvimento intelectual do ser humano²⁹ com base na dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Assim, a dignidade é empregada em diversos contextos com sentidos qualificados.

Dessa maneira, dignidade pode ser definida como atributo intrínseco da pessoa humana e é concebida pela Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito, de modo que nem mesmo um comportamento indigno, prive as pessoas de direitos fundamentais, ressalvadas a incidência de penalidades constitucionalmente autorizada. Não é tão somente, a diversidade da condição, como instrumento de valoração da plenitude da dignidade humana, pois Segundo Kant³⁰, a dignidade é a característica do que não tem preço, isto é, do que não pode ser trocado por nada equivalente. Em outra concepção, Bittar³¹ afirma que a dignidade é uma propriedade que as pessoas possuem simplesmente pelo fato de pertencerem à espécie humana.

Dessa forma, a dignidade humana é o que justificaria um sistema de garantias mais abrangente e efetivo a uma parcela de seres humanos (crianças e adolescentes), e o tratamento que deve ser dado aos infantes vai um pouco além, pois há sim uma vulnerabilidade. Nesse sentido, dignidade³² é um valor subordinante, que não cede em detrimento de valores subordinados (que na sua essência tem preço e podem ser substituídos por valor equivalente).

²⁸ “A questão dos Direitos Humanos se relacionarem com a dignidade humana, já solidificada em séculos de história, passou por crivo de questionamento e relativização, em função das graves dúvidas (ou conveniências) levantadas à época, se de fato esses povos originários se constituíam pessoas em sentido pleno ou infra-humano”. ÁVILA, Flávia de. **Direito e direitos humanos**: abordagem histórico-filosófica e conceitual. 1ª Ed. Curitiba: Appris, p. 304. 2014.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 92-93.

³⁰ Esta apreciação dá-se, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e a põe infinitamente acima de todo o preço. KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 78.

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42.

³² O primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (ONU, 1948). Constitui também um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal – CF) e também a finalidade do sistema econômico brasileiro (“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência *digna*, conforme os ditames da justiça social”, art. 170, da CF).

Por conseguinte, Sarlet³³ afirma que a função protetora da dignidade, funciona como um limite à atuação do Estado e da sociedade, protegendo, consequentemente, direitos fundamentais. Nessa perspectiva, faz sentido compreender as condições peculiares, que se encontram a criança, para entender o porquê de direitos fundamentais específicos.

Assim, compreender o meio como um fator importante e diretamente influenciador na evolução da criança, e da sua personalidade, é um ponto importante para entender porque o direito precisa reconhecer garantias diferenciadas para as crianças. Para perceber o desenvolvimento do ser humano e suas etapas diferenciadas, busca-se no campo da psicologia analisar o interacionismo de Vygotsky³⁴, em que sua teoria demonstra quais os fatores que influenciam no desenvolvimento humano. Segundo esta concepção de indivíduo, a pessoa é vista como um ser ativo e social, construído ao longo da sua vida por meio das relações com outros indivíduos e com o meio que o cerca, é através do contato com a cultura já constituída que se dará o desenvolvimento, em uma relação de troca e interação mútua, por isso um autor interacionista.

Desse modo, é imperativa a aceitação de que fatores externos e influências afetivas refletem em sua evolução mental. Vigotsky³⁵ sugere descrever o desenvolvimento das crianças, da primeira infância à adolescência, como uma série de períodos relativamente longos e estáveis, abrangendo o período de um a quatro anos. O ponto de partida para a explicação é a relação particular, mas abrangente, da criança com seu ambiente, mencionada como a situação social de desenvolvimento. A situação social de desenvolvimento concebe o momento inicial para todas as mudanças dinâmicas que ocorrem no desenvolvimento durante um dado período etário.

Esse fator se dá em virtude, do estágio etário que ela se encontra e o despertar de seus automatismos do desenvolvimento natural das estruturas nervosas contidas em seu potencial, e por interferência do meio, ocorrem às reações de ordem íntima e fundamental. Desse modo, o social se amalgama ao orgânico.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 135.

³⁴ VYGOTSKY, Lev. Semenovich. **Pensamento e linguagem**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1993. E WALLON, Henri. **A evolução psicológica da criança**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁵ VYGOTSKY, Lev. Semenovich. **Pensamento e linguagem**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1993. E WALLON, Henri. **A evolução psicológica da criança**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Em relação ao social em interação com o orgânico da criança, Henri Wallon³⁶ inovou ao pôr a afetividade, não como sinônimo de afeição, mas sim o que toca, interage ou afeta, interage como um dos aspectos centrais do desenvolvimento. Para ele, toda pessoa é afetada tanto por informações externas, como por exemplo, o olhar do outro, um objeto que chama a atenção, um conhecimento que recebe do meio, tanto quanto por sensações internas, tais como o medo, a alegria, a fome e responde a eles.

Essa condição humana recebe o nome de afetividade e é crucial para o desenvolvimento. Diferentemente do que se pensa, o conceito não é sinônimo de carinho e amo, mas no sentido de que todo ser humano é afetado positiva e negativamente e reage a esses estímulos. Desse modo, Wallon Vygotsky sustenta a ideia de que o processo de desenvolvimento depende tanto da aptidão biológica do sujeito quanto do ambiente, que o afeta de alguma forma. Assim, a afetividade é um dos conjugados funcionais da pessoa e atua, junto com a cognição e o ato motor, no processo de evolução e construção do ser humano.

Pode-se concluir que essa condição especial de desenvolvimento do ser humano, enseja a reafirmação da outorga de um regime diferenciado de preservação para que seja possível garantir a construção de suas potencialidades humanas em sua plenitude, tendo em vista que crianças são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade.

Problematizar a maternidade e prisão pela perspectiva do direito da criança é entender que suas as necessidades vitais são específicas a sua fase de vida. Tendo em vista que o meio interfere no desenvolvimento da criança, e que creches no interior das prisões não deixam de ser um ambiente carcerário, permite a constatação de que esse espaço limita a convivência da criança a apenas àquele núcleo, violando seu direito à infância e à convivência junto a outras crianças, com a comunidade e a família (de origem ou extensiva).

Essas reflexões a respeito do modo de funcionamento das creches no interior dos estabelecimentos prisionais trazem à baila o aspecto familiar a comunitário apresentado mais veemente na doutrina de proteção intergral sob a égide do marco regulatório da primeira infância traduz uma necessidade específica nesse estágio peculiar.

³⁶ O significado de infância segundo a psicologia do desenvolvimento da personalidade: integração da afetividade e da inteligência assevera que a teoria das mentalidades heterogenias - corte epistemológico entre criança e adulto, confrontando criança e adulto permitiu revelar de etapa em etapa. Psicogenético e psicólogo da criança, a nipiologia, ou a ciência do bebê, a hebelogia: ciência do adolescente (WALLON, 2007, p. 16).

Desse modo, a participação social é imprescindível nesse sistema de amparo diferenciado. Valente³⁷ traduz a ideia do direito à convivência familiar e comunitária, com ênfase no direito a viver com sua própria família (de origem ou extensiva).

Tendo em vista o fato da construção de pertencimento das crianças, ser ligada os indivíduos que lhes oferecem segurança e uma oportunidade para uma continuidade de experiência, assim o papel da família inclui a sua iniciação no mundo público, possibilitada pela experiência mais segura possível, na comunidade.

Traçadas as devida importância e conceitos sobre a primeira infância, os próximos pontos trabalhados abordarão os princípios relacionados à temática em dissertação: o respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, o princípio da prioridade absoluta, o da prevalência dos interesses da criança e o fundamento da convivência familiar e comunitária.

1.3 Princípios que regem os Direitos da Criança

O princípio da proteção integral surgiu em 1980, depois da instituição de uma Comissão de Direitos Humanos da ONU, substituindo o paradigma da situação irregular e elevando as crianças e adolescentes a sujeitos de direitos. Com a aprovação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança³⁸. Nesse sentido, o respeito à condição peculiar, está no centro dos fundamentos de uma tutela jurisdicional diferenciada que abrangeria a noção de proteção integral.

A Constituição de 1988 instituiu um sistema especial de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Essa base de proteção integral encontra-se na ideia de efetivação dos direitos fundamentais, e, portanto, na criação de instrumentos jurídicos que assegurem essa efetivação, uma delas podem ser as políticas públicas. Dessa forma, a proteção integral tem como fundamento a compreensão de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rejeita a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos específicos em virtude da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento³⁹.

³⁷ VALENTE, Jane. **Nas trilhas da proteção integral**: 25 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente. Fernando Silva e Beatriz Guimarães (orgs.). Recife: Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, 2015.

³⁸ SARAIVA, João Batista Costa. **Compendio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 59

1.3.1 Princípio da Prioridade Absoluta

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, o traça o entendimento da absoluta prioridade:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esse dispositivo instituiu a necessidade de respeitar os direitos das crianças e dos adolescentes lembrando que eles são pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direito, e que, portanto, também tem um conjunto de direitos fundamentais. Assim sendo, há que se dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente supera o paradigma da incapacidade e garante aos impúberes a qualificação de sujeito de direitos e deveres assegurando-lhes garantias constitucionalmente estabelecidas.

Desse modo, o artigo 227 da Constituição Brasileira introduz uma série de garantias, essa diferenciação é aludida diretamente do modelo garantista e em relação ao reconhecimento de direitos e garantias das crianças assevera Karyna Batista Sposato⁴⁰:

A opção principiológica do legislador constituinte e estatutário, responde à dinâmica e ao contexto político de elaboração das duas normas. Pode-se dizer que ambas promovem quase uma “revolução” jurídica, pois passam a reconhecer direitos e garantias às parcelas da população anteriormente excluídas por completo das prioridades e finalidades do estado.

Dessa forma, o modelo anteriormente adotado passa a ser visto como superado, sendo indicadas mudanças na política de atendimento. A própria identificação da criança e do adolescente como sujeitos de direito a proteger, hoje sujeitos de direitos fundamentais, com fulcro no artigo 226 e 227 da Carta Constitucional de 1988, corresponde expressão “melhor interesse” e deve ser interpretada á Luz da Convenção de Direitos da Criança da ONU⁴¹, sob a égide de direitos básicos assegurados no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, novos parâmetros para o atendimento de crianças e adolescentes se fazem necessários seguindo-se, agora, por sugestão da doutrina de proteção integral. O Estatuto propõe a construção de um

⁴⁰ SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006, p. 58.

⁴¹ UNICEF. **Convenção sobre os direitos da criança**. 1989. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html >. Acesso em 18 jun 2018.

modelo de proteção integral às crianças e aos adolescentes, não se limitando, apenas à atenção após os direitos serem violados, mas antecipando-se à violação.

Nesse momento serão abordados quatro princípios norteadores que elucidam a temática em questão são eles: o respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, princípio da prioridade absoluta⁴², presente no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da prevalência dos interesses da criança⁴³ disposto no artigo 6º do mesmo diploma e o princípio da convivência familiar e comunitária.

A criança é um exemplo de vulnerável, do momento do seu nascimento até durante o seu desenvolvimento, dessa forma precisa de ajuda e cuidados para se desenvolver. Nesse sentido, importante nesse momento é a análise do princípio do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

Sustenta Martha de Toledo Machado⁴⁴, que o ponto focal que se apoia a concepção positivada no texto constitucional é o entendimento de que, por se encontrarem na peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, crianças e adolescentes encontram-se em maior vulnerabilidade, situação essa que enseja um tratamento diferenciado, ou seja, uma outorga de regime especial de garantias, que lhe permita construir suas potencialidades humanas em sua plenitude.

O reconhecimento do princípio do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, pode ser entendido pelo fato de que crianças e adolescentes possuem atributos distintos da personalidade do adulto. Essa característica distinta se dá pelo fato dela estarem em formação, ou seja, em desenvolvimento da plenitude de personalidade⁴⁵ e de suas forças.

Por serem pessoas que não desenvolveram toda sua personalidade, essa assertiva é inerente à condição humana, dado o seu intenso processo de formação, sob todos os aspectos: psíquicos, físicos, motor, endócrino, intelectual, social. Em essência crianças são em potencial aptas a desenvolverem a personalidade do ser adulto, essa característica constitui, por assim dizer, pré-requisito da própria noção jurídica de personalidade.

42 Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

43 Art. 6º - Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

44 MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 109.

45 Freud S. O ego e o id. Rio de Janeiro: Imago; 1976.

Assim, pode-se pensar que essa condição enseja a outorga de um regime especial de preservação para que seja possível garantir a construção de suas potencialidades humanas em sua plenitude, tendo em vista que crianças e adolescentes são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade.

1.3.2 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

Válido é o estudo do princípio da prioridade absoluta e o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, tendo em vista tratar-se da primazia em favor das crianças e dos adolescentes, na esfera judicial, extrajudicial, familiar, social ou administrativa de maneira inafastável e inderrogável. Martha Toledo⁴⁶ observa que o princípio da prioridade absoluta seria um desdobramento do princípio do respeito à peculiar condição da pessoa em desenvolvimento como estrutura fundamental dos direitos da criança e do adolescente.

Respalado constitucionalmente, o princípio da prioridade absoluta, tendo em vista tratar-se da primazia em favor das crianças e dos adolescentes, na esfera judicial, extrajudicial, familiar, social ou administrativa de maneira inafastável e inderrogável, conforme tutela Constituição Federal em seu artigo 227 assim como o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre o princípio da prioridade absoluta Ferrandin⁴⁷ afirma que:

A imposição da lei é de que todos desempenham seu papel com eficiência. A família com o dever de apoio psicológico, de formação moral, da facilitação e provimento do exercício de direitos e de priorização do menor em sua esfera de ação (o que significa renunciar coisas que a auto-beneficiariam em prol da criança e do adolescente que de algo essencial necessitem). (...). Ao poder público, por sua vez, que abrange o judiciário, o legislativo e o executivo, compete despender atenção prioritária aos assuntos relacionados à infância e à juventude e ter como escopo a gama de direitos que, na teoria, é assegurada.

Com fundamento no o artigo 4º⁴⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente, a garantia da prioridade absoluta compreende a primazia de receber proteção e socorro em qualquer circunstância, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância.

⁴⁶ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 120.

⁴⁷ FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil: Aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p.101.

⁴⁸ Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Pode-se pensar desse modo, que em um amplo plano de análise, sob a égide constitucional seria um meio de equilibrar a desigualdade fática decorrente da peculiar condição da pessoa humana como meio de obtenção da redução das desigualdades sociais, no sentido de colocar os interesses da criança e adolescentes num plano superior aos interesses dos adultos, à luz desses valores maiores⁴⁹.

O melhor interesse da pessoa em desenvolvimento engloba o direito à liberdade ao respeito e à dignidade. Com respaldo no artigo 15⁵⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente, o dispositivo em exame objetiva ser norma programática, ao estabelecer princípios cujo comando emana diretamente da Constituição Federal ao estabelecer os direitos e garantias individuais e ao tutelar a cidadania no artigo 5º da Carta Constitucional. Percebe-se que, desde logo, que muitos dos dispositivos, protegem não só adultos, mas também, a criança, e o adolescente.

Pode-se visualizar como exemplo dessa garantia constitucional voltada não só a proteção da criança, particularmente tem outra face, o direito da encarcerada de permanecer com seus filhos durante o período da amamentação (artigo 5º, L, CRFB/88). Não pretende esse dispositivo, garantir somente o direito da mulher, mas também o do filho que faz jus à alimentação natural no seio materno e a seu carinho e proteção, mesmo porque é também preceito constitucional que a pena não pode ultrapassar da pessoa do condenado. Essas controvérsias serão desenvolvidas posteriormente.

Ainda a respeito do melhor interesse da criança e do adolescente o artigo 19⁵¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente tem como fonte o caput do artigo 227 da Constituição Federal, esse muito mais amplo em relação aquele.

1.3.3 Princípio da Convivência Familiar e Comunitária

A doutrina de proteção integral busca essencialmente garantir direitos ligados à família, que são basilares aos direitos fundamentais específicos das crianças e adolescentes,

⁴⁹ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 121.

⁵⁰ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm >. Acesso em 09 jul 2018.

⁵¹ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm >. Acesso em 09 jul 2018.

quais sejam: o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente o respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento e o princípio da convivência familiar⁵².

Conforme tutela a Constituição Federal em seu artigo 227⁵³ a família tem a obrigação de apoiar psicologicamente, tem responsabilidade sobre o desenvolvimento da formação moral, da facilitação e fornecimento do exercício de direitos e de priorização do menor em sua esfera de ação, o que por sua vez significaria renunciar coisas que a autobeneficiariam em prol da criança que de algo essencial carecer, em outro aspecto caberia ao poder público, por sua vez, que consiste no judiciário, no legislativo e no poder executivo, a competência de empregar a atenção prioritária aos temas que dizem respeito à infância e à juventude e ter como finalidade o cumprimento e aplicação dos vários direitos que, na teoria, é assegurada⁵⁴.

A regra constitucional impõe preceitos à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação inclusive à convivência familiar e comunitária, colocando os a salvo de toda a forma de negligência, violenta, e crueldade por exemplo. Ou seja, diz que a criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família ou excepcionalmente em família substituta, por assim dizer prioriza-se a vivência no seio familiar e em ambiente saudável para propiciar seu desenvolvimento em plenitude, dado essa condição específica da pessoa humana.

Fundada na incontestável importância ao ordenamento jurídico dos princípios é notório que sua relevância consiste essencialmente em critério de integração e proteção, tendo em vista que possuem o condão de dar coerência geral ao sistema.

Dada à extrema importância do pleno desenvolvimento do indivíduo na complexa sociedade, é preciso reconhecer a vulnerabilidade da criança, uma vez que prepondera a condição peculiar da pessoa em crescimento, promovendo assim a revolução jurídica quando se reconhece a vulnerabilidade e se garante direitos diferenciados para a promoção da isonomia. O princípio da isonomia ou também conhecido como princípio da igualdade é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito.

⁵² MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 103.

⁵³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵⁴ FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil**: Aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 100.

A Constituição da República assegura a igualdade no artigo 5º⁵⁵, dessa forma, como princípio constitucional expresso, o princípio da igualdade formal é assegurado na primeira parte do artigo citado anteriormente, o da isonomia, tratamento igual para os iguais e desiguais para os desiguais na medida de suas desigualdades, assegura tratamento diferenciado ao que fazem jus a essa diferença, no sentido de concretizar mecanismos viáveis de fornecimento de condições iguais para nivelar as desigualdades. A respeito dessa vertente do princípio da igualdade, Alexandre de Moraes⁵⁶ afirma que:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrada compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

É consenso que a igualdade é um princípio⁵⁷, e que constitui as bases estruturantes dos direitos fundamentais⁵⁸. Desse modo, compõe a disposição dos textos constitucionais após as revoluções liberais, em especial após a II Guerra Mundial, e estampada na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁹.

Dessa forma igualdade pode ser entendida como regra e valor, como observa Robert Alexy⁶⁰, em outras palavras as normas de direito fundamental podem possuir caráter dúplice, ou seja, podem agrupar as características de princípio e de regra. Outros autores têm enfatizado que a igualdade é, sobretudo, um valor. Um valor supremo que defini a essência do sistema estabelecido⁶¹. Nesse sentido, isonomia é norma e valor, levando-se em consideração que a Constituição Federal de 1988, traz a como princípio norteado do sistema jurídico brasileiro.

Como parâmetro assegurador da efetivação do princípio da isonomia a Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu artigo 227, já mencionado anteriormente, que leciona basicamente a doutrina da proteção integral.

⁵⁵ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 9. ed. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁵⁶ MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426.

⁵⁸ Idem, p. 1173.

⁵⁹ Preâmbulo e artigo I da declaração, aprovada em 1948 na Assembleia Geral das Nações Unidas. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> >. Acesso em 20 ago 2018.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 136-138.

⁶¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. **Revista de Informação Legislativa**, v.33, nº 131, jul./set. de 1996, p. 289.

Esse dispositivo define o direito à convivência familiar e comunitária como fundamento, ao lado do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à dignidade, e à liberdade. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 ratifica o reconhece a família e a comunidade como necessária ao pleno desenvolvimento humano. Torna-se imprescindível a convivência familiar para o frutífero desenvolvimento da vida, e da personalidade infantil, pois na família é concebida a noções básicas necessárias a formação humana. Essas noções servirão de base e o vínculo afetivo constitui elemento basilar de sua formação.

Nesse aspecto, a personalidade humana não se desenvolve, nas suas potencialidades mínimas e básicas, nas instituições totais⁶². Goffman⁶³ entende que a instituição total é um híbrido social, parcialmente comunidade residencial, parcialmente organização formal. Desse modo, em nossa sociedade, são locais específicos que ocasionam as mudanças nas pessoas; cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu. Nessa perspectiva pode-se pensar que o cárcere tem um poder de modificar as estruturas do eu como pessoa, então com a criança não seria diferente, basicamente porque a criança não cresce sadiamente sem a constituição de um vínculo afetivo estreito e verdadeiro com o adulto⁶⁴.

A respeito das instituições totais, pode-se extrair preciosos ensinamentos sobre o fato de que não parecem promover uma substituição cultural completa, relacionado sobre tudo à aspectos presentes no contexto familiar. Em continuidade a esse raciocínio Goffman⁶⁵ afirma que as instituições totais são também incompatíveis com outro elemento decisivo de nossa sociedade, qual seja: a família, pois a vida familiar é às vezes contrastada com a vida solitária. Porquanto a família tem um papel importante do ponto de vista da formação do eu, no sentido de que as instituições sociais, a exemplo da família e da comunidade, promovem uma integração cultural mais completa.

Seguir essa linha de raciocínio com o fato de que manter as famílias fora das instituições sociais muitas vezes permite que os membros das equipes dirigentes continuem

⁶² A expressão instituições totais, empregada nesse texto, refere-se ao termo empregado por Goffman, em sua obra: manicômios, prisões e conventos. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada. Tradução: Dante Moreira Leite; Revisão: Antenor Celestino de Souza; Produção Lúcio Gomes Machado. São Paulo. Perspectiva. 1961.

⁶³ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite; Revisão: Antenor Celestino de Souza; Produção Lúcio Gomes Machado. São Paulo. Perspectiva. 1961.p. 22.

⁶⁴ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 155.

⁶⁵ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite; Revisão: Antenor Celestino de Souza; Produção Lúcio Gomes Machado. São Paulo. Perspectiva. 1961.p. 22.

integrados na comunidade externa e escapem da tendência dominadora da instituição total, fundamenta o reconhecimento do princípio da convivência familiar e comunitário, na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, ratificando a ideia de que a família e a comunidade são necessárias ao pleno desenvolvimento humano.

Esse princípio, por sua vez, é traduzido em decisões políticas fundamentadas que se concretizam por meio de normas conformadoras do sistema, quer dizer, são pilares norteadores do sistema jurídico visam essencialmente definir ou ainda poderia ser traduzida na matriz que conduzem os parâmetros norteadores das normas. No que tange a esse entendimento assim assevera Espíndola⁶⁶:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa, sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, mas as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. E esse Caráter normativo não é predicado somente dos ‘princípios positivos de Direito’, mas também como já acentuado dos “princípios gerais de Direito” (grifo do autor).

Reconhecido o status jurídico dos princípios, sabe-se que têm positividade vinculante, caracterizando-se por serem normas sobre comportamento público. Desse modo, os princípios vinculam e possuem positividade, são normas, constroem, e são dotados de eficácia positiva e negativa.

Não obstante, os princípios e direitos aqui elencados, carecem de aplicação eficaz. No entanto, é importante que se ressalve ser indispensável que os princípios, ainda que fora da sintonia da cruel realidade, estejam postos na lei, e que mesmo de aplicabilidade difícil, quando não impossível, sejam um dos fatores de transformação da realidade, marcada atualmente pelo desprezo ao respeito, à liberdade e dignidade. Por assim dizer, a lei existe para ser aplicada e, sobretudo tem conteúdo pedagógico.

Em absoluta consonância com os parâmetros protetivos internacionais, em particular com a Convenção sobre os Direitos da Criança⁶⁷, a Constituição brasileira de 1988 e o Estatuto da Criança⁶⁸ e do Adolescente inauguram na cultura jurídica brasileira, um novo

⁶⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

⁶⁷No Brasil, o Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990, na forma de seu artigo 49, inciso 1. Tendo em vista que o Governo brasileiro ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990, tendo a mesma entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990, na forma do seu artigo 49, incisos 2.

⁶⁸Lei 8.069 de 13 de julho de 1990.

paradigma inspirado pela concepção da criança e do adolescente como verdadeiros sujeitos de direito, em condição peculiar de desenvolvimento.

Esse novo paradigma fomenta a doutrina de proteção integral, a doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente e consagra uma lógica e uma principiologia próprias voltadas a assegurar a prevalência e a primazia do interesse da criança e do adolescente, na qualidade de sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento, à criança e ao adolescente é garantindo o direito à proteção integral.

No entanto, apesar da clareza dos comandos normativos nacionais e internacionais em atribuir direitos à criança e aos adolescentes, há ainda uma recente luta e o desafio da incorporação de novos paradigmas, diante da persistência de um padrão de desrespeito aos mais elementares direitos humanos, de que são titulares as crianças.

Ainda remanesce no Brasil uma cultura adultocêntrica⁶⁹ que percebe o mundo e a vida a partir da perspectiva dos adultos. Nesse contexto é essencial, a apropriação de novos valores e a implementação dos parâmetros constitucionais e internacionais, que afirmam as crianças e adolescentes como verdadeiros e efetivos sujeitos de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento, a merecer especial proteção. Há que se romper em definitivo com uma cultura e prática que inibem a construção emancipatória dos direitos humanos das crianças e adolescentes, violando, sobretudo seu direito fundamental ao respeito e à dignidade.

Nesse sentido, com base na doutrina de Ferrajoli, serão desenvolvidos os elementos que compõem o sistema de garantias em relação às pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. A partir daí, serão discutidas possíveis soluções para a aplicabilidade da Lei na tentativa de uma possível transformação da realidade de filhos e mães no cárcere.

⁶⁹Adultocentrismo é uma expressão que pode ser entendida como uma prática social que designa o poder aos adultos, em relação às crianças, que ocasiona o fato de os jovens e crianças usufruírem de uma menor liberdade devido ao fato de não atingirem a plenitude de sua formação. O filósofo Aristóteles já dizia que a principal característica da juventude seria sua incompletude. Ele defende que os jovens não estariam preparados para viver na cidade e nos espaços de poder. Nossa sociedade ocidental pode ser descrita conceitualmente a partir de várias noções conforme os eixos de observação privilegiados na análise. Nesse contexto, o exercício reflexivo, tem a maioria das vezes como o eixo principal, traduções de relações de uma sociedade adultocêntrica, que tem como resultado de vários processos econômicos e políticos que alicerçam materialmente este modo de organização social, bem como a construção de sua matriz sociocultural em um plano simbólico. QUAPPER. Claudio Duarte. **Sociedades adultocéntricas:** sobre sus orígenes y reproducción. versión On-line ISSN 0718-2236. vol.20 no.36 Santiago jul. 2012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-22362012000100005> Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362012000100005. Capturado em 7 de janeiro de 2019.

1.4 O sistema de garantias e a pessoa em condição peculiar de desenvolvimento

O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA) concretizou-se a partir da Resolução 113 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente⁷⁰ (CONANDA) de 2006. O começo do processo de formação do SGDCA, contudo, é produto de uma mobilização anterior, marcada pela Constituição de 1988 e pela promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como parâmetro para políticas públicas voltadas para crianças e jovens, em 1990.

O SGDCA é aperfeiçoado pela integração e a articulação entre o Estado, as famílias e a sociedade civil como um todo, para garantir que a lei seja cumprida, que as conquistas do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição de 1988, no artigo 227, sejam efetivadas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente enquadra crianças, como sujeitos de direitos, conforme assevera o artigo 15⁷¹ conferindo toda a amplitude do rol de direitos e garantias consagrados no artigo 5º da Constituição Federal.

Assim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais, são expectativas basilares, fundamentada em garantias. O direito à vida, liberdade e especificamente da convivência familiar e comunitária das crianças cujas genitoras estão encarceradas, como exemplos, são construídos por meio de princípios, e de leis que limitam o arbítrio do Estado. Os ensinamentos de Ferrajoli⁷² asseveram que:

La primera esfera es la de las prohibiciones, o sea la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad; la segunda es la de las obligaciones, es decir, la de los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía de los derechos sociales. El conjunto de las dos esferas equivale al conjunto de las garantías⁷³ (Ferrajoli, 2008, p. 338).

⁷⁰ BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. 1991. Disponível em: < <http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/orgaos-colegiados/conanda/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda> >. Acesso em 15 jul 2018.

⁷¹ Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Estatuto da Criança e do adolescente. BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. CÉSPEDES, Livia; PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos (Org.). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷² Ferrajoli, Luigi. La semántica de la teoría del derecho. In: **Epistemología jurídica y garantismo**. México: Fontamara. 2008.

⁷³ Tradução livre: “A primeira esfera é aquela das proibições, isto é, dos limites negativos impostos à legislação que garante os direitos de liberdade; o segundo é o das obrigações, ou seja, os laços positivos igualmente impostos à legislação que garante os direitos sociais. O conjunto das duas esferas é equivalente ao conjunto de garantias”.

Ou seja, no Estado Democrático de Direito, todos os poderes, inclusive o Legislativo, estão vinculados a respeitar os princípios substanciais, estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão de poderes e os direitos fundamentais. Quanto a esses limites, a primeira esfera está vinculada as balizes impostas por legislações, em respeitando a garantia de liberdade, em um segundo ponto está à obrigação de decisões vinculadas às leis impostas pelos direitos sócias, em conjunto com as demais esferas equivalentes ao conjunto de garantias.

No Estado Moderno a grande metáfora seria o respeito aos direitos naturais positivamente tutelados, traduzidos por um consenso entre os contratantes, Ferrajoli assevera que: “[...] gran metáfora de la democracia, que se basaría en el consenso individual de los contratantes, si bien un consenso condicionado [o limitado] por el respeto a los derechos naturales positivamente estipulados para la tutela de todos”⁷⁴.

Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito, todos os poderes, inclusive o legislativo, estão vinculados a respeitar os princípios substanciais, estabelecidos pelas normas constitucionais, como a divisão de atribuições e de direitos fundamentais. Quanto a esses limites, a primeira esfera, esta vinculada as balizes impostos por legislações, em respeitando a garantia de liberdade, em um segundo ponto está à obrigação de decisões vinculadas às leis impostas pelos direitos sócias, em conjunto com as demais esferas equivalentes ao conjunto de garantias. Ferrajoli⁷⁶, em sua obra: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, a respeito do direito como sistema de garantias afirma em matéria de Estado Constitucional de direito assevera:

En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes —su «deber ser», y no sólo su «ser»— los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de derecho, como derecho sobre el derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.⁷⁷

⁷⁴ Tradução livre: a grande metáfora da democracia, consiste basicamente no consenso individual das partes contratantes, embora um consenso condicionado, ou limitado, por assim dizer, tendo em vista o respeito aos direitos naturais positivamente estipulados para a proteção de todos.

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi. *La democracia constitucional*. In: CARBONELL, Miguel de. **En democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 33-34.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2004, p. 19.

⁷⁷ Tradução livre: “Em suma, são os mesmos modelos axiológicos do direito positivo, e não apenas seus conteúdos contingentes - seus “devem ser”, e não apenas seu “ser” - que são incorporados à ordem constitucional do direito, como um direito sobre o direito, sob a forma de ligações e limites legais à produção legal. Daqui emerge uma inovação na própria estrutura da legalidade, que é talvez a conquista mais importante do direito contemporâneo: a regulação legal do próprio direito positivo, não só em termos de formas de produção, mas também em relação a o conteúdo produzido”.

De maneira clara Ferrajoli afiança que, os direitos positivados que se encontram incorporados no ordenamento do Estado Democrático de Direito, em forma de vínculo e limites jurídicos, sendo nesse ponto que está contida a inovação da estrutura da legalidade, ressaltando ainda que esse aspecto é uma das conquistas mais importantes do direito contemporâneo.

Assim, os direitos fundamentais se afirmam sempre como as leis dos mais débeis, em alternativa a Lei dos mais fortes, assegura Ferrajoli: “[...] os derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”^{78 79}. Percebe-se por esse argumento, que a criança se enquadra no grupo de necessária proteção diferenciada, dada a sua vulnerabilidade.

Refletir sobre o modo da aplicação e a eficácia dos direitos fundamentais permite raciocinar a respeito das políticas públicas penitenciárias, que envolvem crianças em convivência com suas mães no cárcere. Nesta tarefa se busca apontar soluções com fundamento no pensamento teórico do garantismo de Ferrajoli que será o cerne da questão a partir deste item.

Diante do cenário de mulheres mães encarceradas e das garantias constitucionais mencionadas, faz-se necessário pontuar, que no âmbito dos direitos da criança e do adolescente, o Estado tem o dever de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância. Como indicado o pleno atendimento dos direitos da criança nos anos iniciais de vida, constitui objetivo comum de todos os entes da Federação. Para refletir acerca da viabilização desse direito, é imprescindível realizar estudo da Lei nº 13.257 de 2016.

Para a delimitação do tema foi decisiva a leitura de obras relacionadas ao Direito da Criança e do Adolescente e do Direito Constitucional - sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana, da condição peculiar do sujeito de direito em desenvolvimento, da criança e do adolescente enquanto cidadão e do direito de punir do Estado. Como também, aquelas atinentes às reflexões que o Estatuto da primeira infância provocou no processo penal, em um cenário de uma sociedade complexa, como a que se vive hodiernamente.

Com as alterações no código de processo penal trazidas pelas inovações no estatuto da primeira infância fica constatada a aplicação dos preceitos de Ferrajoli. Para este trabalho, pode ser identificado nos casos envolvendo mães presas cautelarmente, e que foram postas em

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2004, p. 54.

⁷⁹ Tradução livre: “[...] Os direitos fundamentais são sempre afirmados como leis dos mais fracos em alternativa à lei dos mais fortes que governaram e governaram na sua ausência”.

prisão domiciliar para garantir o direito à convivência familiar das crianças, no exercício da dignidade da pessoa humana.

Em especial, o garantismo, em matéria penal, compreendido como um movimento teórico de Estado de direito entendido não apenas como, protetor dos direitos de liberdade e demais direitos fundamentais, mas que embasa a sua visão sobre a finalidade da pena, na concepção da Teoria do Garantismo Penal.

Ferrajoli leciona que o modelo garantista clássico é produto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo, fundamentado na legalidade estrita, na materialidade e na lesividade dos delitos, na responsabilidade pessoal, no contraditório entre as partes e na presunção de inocência⁸⁰.

Destes direitos, fundamentais dos cidadãos, extraem-se sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva. Interessante salientar que a aplicação desses princípios, em se tratando de pessoas em condição em peculiar desenvolvimento; e levando-se em conta a criança e adolescente não só como sendo sujeitos de direitos, mas também como cidadãos⁸¹, só podem ser feitas sob a luz das garantias constitucionais e processuais expressamente reconhecidas.

O garantismo é apresentado como uma teoria do direito, que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático. Caracteriza-se como uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, necessita do reconhecimento e da efetiva proteção não bastando apenas o seu o reconhecimento, mas sua efetividade:

(...) garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, garantista todo o

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

⁸¹ Chamo atenção para o fato de que a Lei n.º 13.257 de 2016, menciona que a criança ostenta a condição de “cidadã” (art. 4º, I, V e parágrafo único). In verbis: Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a: I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã. Conglobando o conceito de cidadania a ideia de nacionalidade e pertencimento. Dessa forma, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 7. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm >.

sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente⁸².

Um sistema de garantia tem a pretensão de atuar como modelo de direito. Logo, possibilita garantir os direitos de liberdade, contra o arbítrio punitivo, legislativo, judiciário e policial, através de um sistema clássico de garantias penais e processuais, como também se propõe a ser sistema de limites e vínculos e, portanto, obrigações para a garantia de direitos fundamentais: estabelecidos na Constituição Federal⁸³. Basicamente, a teoria do direito e da democracia⁸⁴, propõem um sistema de limites e vínculos, não só a respeito do poder punitivo, mas de todos os poderes estatais e políticos, que a tradição liberal concedeu como liberdade. e que na forma de direito de autonomia fundamental devem ser limitados e colocados abaixo do princípio do estado de direito⁸⁵.

Dessa forma, segundo os ensinamentos de Bicudo⁸⁶, a política criminal ou a alegação externa, ético-política, como a cognominada por Ferrajoli, assume a função de defesa dos direitos fundamentais, acaudilhando o Direito Penal à sua natureza subsidiária⁸⁷, conforme os princípios do constitucionalismo e do garantismo. Isso quer dizer que os conflitos sociais podem ser resolvidos por outros instrumentos que não os penais, consentindo claramente que apenas quando houver uma ameaça aos direitos fundamentais é que o Direito Penal se autentica como forma de solucionar tais conflitos.

Nesse aspecto, em continuidade a linha de raciocínio traçada no presente trabalho, se dará o exame das Regras de Bangkok e seus antecedentes. Na sequência, o estudo da natureza

⁸²FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁸⁴ Pretende-se abordar as implicações relativas à teoria do direito e democracia desenvolvida na obra *Principia Iuris*, de Ferrajoli, cuja publicação ocorrera na Itália em 2007 e na Espanha em 2011. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris I**: teoría del derecho. Madrid: Trotta, 2011a. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris II**: teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris III**: La sintaxis del derecho. Madrid: Trotta, 2011c.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria do direito e da democracia. Bari: Laterza, 2007.

⁸⁶ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que Punir?** Teoria geral da pena. São Paulo. Saraiva, 2010, p.139.

⁸⁷ A respeito da natureza de ultima ratio do direito penal, Maier afirma que ocorreu a perda do utilização do princípio da subsidiariedade desde a concepção do direito penal como a última ratio da política social e, junto com ele, a perda do caractere fracionário que é tradicionalmente atribuída sob o fundamento no princípio do nullum crimen. Quando há o extravio da aplicação desses princípios o que ocorre é o "abastardamento" do instrumento como um mecanismo útil para a política social e para aqueles que a apoiam. (tradução livre). La perdida del principio de subsidiariedad y, com El, de la concepción del Derecho penal como última ratio de la política social, y, unido a ello, El extravio del carácter fraccionario que tradicionalmente se Le atribuyó com base em El principio nullum crimen, conduce, como veces sucede, a la "bastardización" del instrumento como mecanismo útil para la política social y para quienes la suportan. MAIER, Julio B.J. **La esquizofrenia del Derecho Penal**. In: Contornos y Pliegues del Derecho: Homenaje a Roberto Bergalli. Ciencias Sociales. Ináki Rivera, Héctor C. Silveira, Encarna Bodelón, Amadeu Recasens (Coords.). Anthropos. Editorial; Barcelona, 2006, p. 301.

jurídica das Regras de Bangkok e sua aplicabilidade no Brasil. Posteriormente, serão tecidas explanações sobre o Estatuto da Primeira Infância: especificamente ponderação entre o *jus puniendi* e o princípio do melhor interesse da criança.

2. O MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA E O SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES

O presente capítulo tem por escopo analisar as regras de Bangkok e seu impacto no cenário nacional. Na sequência, serão abordados os reflexos dessa legislação internacional no marco regulatório do Estatuto da Primeira Infância, tendo em vista a ponderação entre o direito de punir e o princípio da prioridade absoluta da criança.

2.1 Regras de Bangkok e seus antecedentes

A proposta deste tópico é analisar os diplomas internacionais, que fundamentam a proteção de direitos e garantias das mulheres presas grávidas ou com filhos de até 12 anos, aferindo os mandamentos internacionais a respeito da permanência dos filhos em companhia materna no sistema prisional.

Em dezembro de 2010, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou uma série de regras mínimas para o tratamento da mulher presa, além de medidas não privativas de liberdade para aquelas em conflito com a lei, as chamadas Regras de Bangkok.

As Regras de Bangkok buscaram completar, no âmbito das Nações Unidas, uma série de medidas de natureza prisional destinadas ao tratamento de indivíduos em cárcere, observando as especificidades relacionadas à mulher. Nesse aspecto, elas precedem os seguintes documentos internacionais: as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela); o Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão; os Princípios básicos para o tratamento de reclusos; as Regras mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio); os Princípios básicos sobre a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal; a Resolução 58/163, de 22 de dezembro de 2003, da Assembleia Geral da ONU⁸⁸; a Resolução 61/143, de 19 de dezembro de 2006⁸⁹; Resolução

⁸⁸ Caracteriza-se pelo convite a governos, aos órgãos internacionais e regionais relevantes, instituições nacionais de direitos humanos e organizações não governamentais para atentarem as particularidades da mulher encarcerada, com o objetivo de identificar a problemática atinente ao tema e desenvolver formas adequadas para o enfrentamento dessas questões. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 18 agosto de 2018.

⁸⁹ Exige que os Estados adotem medidas urgentes para coibir a violência contra a mulher, somado ao desenvolvimento de esforços preventivos contra práticas sociais discriminatórias, inclusive aquelas que sucedem no ambiente prisional. Idem.

63/241, de 24 de dezembro de 2008⁹⁰ e a Declaração de Viena sobre crime e justiça: enfrentando os desafios do século XXI⁹¹.

Entre os dias 23 a 26 de novembro de 2009, a Assembleia Geral das Nações Unidas tomou nota de uma reunião de grupos de especialistas realizada em Bangkok para discutir o desenvolvimento de normas específicas para o tratamento de mulheres submetidas a medidas privativas e não privativas de liberdade, bem como expressou sua gratidão ao governo da Tailândia pelo papel de anfitrião e apoio financeiro a este encontro. As condições fáticas que ensejaram a elaboração das Regras de Bangkok estiveram, portanto, marcadas pelo histórico das normativas mencionadas no parágrafo anterior e pelo estímulo do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas. De tal maneira que, no ano seguinte, este último órgão recomendou, através da Resolução 16, de 22 de julho de 2010, à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a aprovação de um universo de normas voltadas à disciplina de ações atinentes às mulheres presas.

Ainda no ano de 2010, a Assembleia Geral adotou as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, e aprovou a recomendação resultante do 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, que indicou a denominação Regras de Bangkok. Um dos pontos estabelecidos nesse encontro foi o reconhecimento do empenho dos governos para superar as dificuldades práticas na aplicação deste tema. No entanto, ficou acordado a necessidade de regras globais, em sintonia com o objetivo comum de melhorar a situação de mulheres prisioneiras, seus filhos e, por conseguinte, suas comunidades. Na ocasião compreendeu, que nem todas as regras podem se aplicadas igualmente em todos os lugares e a todo o momento, em função da grande variedade de condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas no

⁹⁰ Exortou os países a que mirassem atenção aos impactos da privação de liberdade de pais e do encarceramento de crianças, no desenvolvimento físico, social, emocional e psicológico destas últimas. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok:** Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 18 agosto de 2018.

⁹¹ Conforme a Resolução 1996/13 de 23 de julho de 1996 do Conselho Econômico e Social, estas Diretrizes para Ação sobre Crianças no Sistema da Justiça Criminal foram desenvolvidos na reunião de especialistas para a elaboração de um programa de ações visando promover o uso efetivo e a aplicação de padrões e normas internacionais na Justiça da Criança e do Adolescente. A reunião foi realizada em Viena entre 23 e 25 de fevereiro de 1997, com o apoio financeiro do Governo da Áustria. Para desenvolver as Diretrizes para Ação, os especialistas consideraram os pontos de vista e informações apresentados pelos Governos. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. **Declaração de Viena sobre o crime e a justiça:** alcançando os desafios do século 21. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf> Capturado em 15 de janeiro de 2009.

mundo. Entretanto, defendeu a possibilidade de encontrar pontos de convergência para a matéria.

Essa legislação especial convida os Estados-membros a considerarem as necessidades e realidades específicas das mulheres presas, durante o desenvolvimento de leis, procedimentos, políticas e planos de ações. Considerando-se que o Estado brasileiro é membro da ONU, o mesmo possui o dever de acatar as regras, independente da incidência ou não de sanções pelos mecanismos internacionais de direitos humanos⁹² A participação do Brasil nas tratativas para a elaboração e aprovação das Regras de Bangkok influenciaram algumas mudanças no ordenamento interno, tais como: a inclusão dos incisos IV, V e VI do artigo 318 do CPP; o indulto especial e comutação de penas às mulheres presas, por ocasião do Dia das Mães; inserção do artigo 292 do CPP, que proíbe o uso de algemas em mulheres infratoras durante o trabalho de parto e no momento imediatamente posterior.

Posteriormente, em 19 de dezembro de 2018, foi sancionada a Lei nº 13.769/2018. Essa norma altera o decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (código de processo penal), as leis nos 7.210, de 11 de julho de 1984 (lei de execução penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (lei dos crimes hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.

Observando a importância desta singular norma internacional, o Conselho Nacional de Justiça lançou a tradução oficial das Regras de Bangkok. Este fato é visto como um destacado passo na democratização do acesso à informação, pois a maioria das pessoas que trabalham no sistema carcerário, assim como grande parcela da população brasileira, não possui conhecimentos em língua estrangeira. É um avanço que pode parecer pequeno, porém muito significativo, porque sinaliza uma mudança de comportamento nas instituições brasileiras. Isso começa a ser sentido em recente decisão monocrática do Ministro Celso de Melo em 30 de junho de 2016, do Supremo Tribunal Federal⁹⁴, na qual possibilitou a oportunidade de introduzir as inovações relacionadas à questão da prisão de mulheres, outorgando a elas tratamento diferenciado, com especial atenção as que estão grávidas ou em estado lactante.

⁹² Esclarece-se de que o fenômeno do direito flexível, refere-se fundamentalmente normas soft. Trata-se aqui de discutir sobre questões relativas à flexibilização das normas do direito, à sua natureza, se programas, princípios ou regras, à sua precisão e à resposta prevista para o seu descumprimento. NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional**: um estudo sobre a Soft Law. São Paulo: Atlas, 2005, p. 97

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 134.734/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc134734despacho.pdf>>. Acesso em 4 maio 2018.

Nesta decisão, o Decano baseou-se, nos seguintes instrumentos jurídicos: o princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, Regras de Bangkok e Convenção dos Direitos da Criança.

O Estado Brasileiro participou ativamente da elaboração e aprovação das Regras de Bangkok, entretanto, necessita, ainda, de uma maior concretização das regras aprovadas. Esta constatação resta evidente na colocação exposta pelo Ministro Ricardo Lewandowski. No introito do documento traduzido, afirma-se que, apesar de o Governo Brasileiro ter contribuído ativamente para a elaboração das Regras de Bangkok e para sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país. Sinaliza-se, portanto, a carência do Brasil no fomento eficaz e avançado da implementação e da internalização desta norma de direito internacional dos direitos humanos⁹⁵.

Muito embora o sistema legislativo brasileiro seja limitado quanto à temática do tratamento que deve ser dispensado às mulheres presas, isto não significa que não tenha havido progressões quanto à aplicação das referidas regras mínimas de tratamento às mulheres presas. Neste sentido, é possível verificar avanço incipiente por intermédio das decisões dos Tribunais Superiores deste país sobre a permissão do cumprimento da prisão em regime domiciliar para mulheres que possuem filhos com idade de até 12 anos. Este é o caso do Habeas Corpus nº 134.734/SP que cita expressamente o compromisso assumido internacionalmente com as Regras de Bangkok, bem como a satisfação dos princípios da proporcionalidade e o respeito ao interesse maior da criança. Do mesmo modo, já é possível observar alterações para aproximar a normativa internacional e nacional nos artigos 6º, 185, 304 e 318 do Código de Processo Penal (CPP) como também dos dispositivos 14, parágrafo 3º, 83, parágrafo 2º e 89 da Lei de Execução Penal (LEP).

De outro lado, vale mencionar que as regras de Bangkok recomendam e balizam diretrizes, de forma humana, da maternidade no cárcere no intuito de permitir que a criança tenha contato com a mãe. Esta atitude demonstra ser positiva não só para a ressocialização da mãe como também para a psique e para o desenvolvimento da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, como é o caso da criança. Todavia, a simples concessão do direito de

⁹⁵ “Mas a mera tradução da norma, por si só, não garante sua aplicação pelos poderes responsáveis. Por isso é necessário que o fato ganhe ampla repercussão, considerando o tamanho das mudanças que podem acarretar sobre o encarceramento feminino. Essa divulgação deve ser qualificada com a participação dos diversos atores estatais e da sociedade civil, ao se discutir sobre a problemática do encarceramento feminino e sobre como aplicar as Regras de Bangkok sistematicamente pode combater a violência institucional que dessa situação decorre”. BRASIL.Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 134.734/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc134734despacho.pdf>>. Acesso em 4 maio 2018.

convivência entre a genitora e seu filho não é suficiente. São necessários o estímulo ao banho de sol e a amamentação nos primeiros meses de vida, de um ambiente educativo, a socialização com outras crianças e a convivência com animais, por exemplo. Ademais, é fundamental o acompanhamento de ambos os sujeitos, mãe e criança, por médicos, que possam acompanhar seus melhores interesses para o desenvolvimento em sentido psicológico e físico.

Como demonstrado anteriormente, o sistema normativo e jurisprudencial brasileiro detém as condições básicas legais para o atendimento das Regras de Bangkok. Porém, quando é promovida a análise conjunta da teoria e da prática nos presídios femininos, é visível à violação dos direitos humanos⁹⁶, fator que comprova a ineficácia da implementação das políticas públicas viabilizadora para os mandamentos legais. Por tal motivo, nesse momento, é importante entender o ingresso das Regras de Bangkok no direito brasileiro.

Após a decisão do Habeas Corpus nº 134.734/SP, citado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal (STF) voltou a decidir sobre o assunto, desta vez de maneira coletiva, no Habeas Corpus nº 143.641⁹⁷. Este julgamento determinou a substituição da prisão preventiva para prisão domiciliar de mulheres presas em condição gestacional ou com filhos com até 12 anos ou com deficiência. A necessidade de realizar um novo julgamento sobre um assunto, já regulamentado em legislação nacional e internacional, comprova a inexistência de consonância entre a proteção legal escrita e a prática carcerária brasileira. Nesta decisão, o Tribunal Superior também aplicou expressamente as recomendações das Regras das Nações Unidas da o Tratamento de Mulheres Presas, Regras de Bangkok:

Cumpra invocar, mais, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, também conhecidas como Regras de Bangkok (...). Algumas regras específicas merecem especial destaque neste julgamento, estando abaixo transcritas: (...) 58. Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

Nesse aspecto, o Poder Judiciário brasileiro, representado pelo STF no Habeas Corpus Coletivo já citado, conheceu e aplicou as recomendações da ONU ao considerar as provisões

⁹⁶ O relatório de 2018 do DEPEN, informa que apenas 3% das unidades prisionais do País declararam contar com espaço de creche, somando uma capacidade total para receber até 72 crianças acima de 2 anos. BRASIL, DEPEN. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf> . Capturado em 24 de dezembro de 2018

⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP**. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 18 agosto de 2018.

2.3 das Regras de Tóquio e ao respeitar a recomendação de que mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente sua história e laços familiares. Além do mais, invocou as regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres Presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Porém, quantas repetições destas decisões serão necessárias para que haja, de fato, uma linha eficaz entre a legislação interna e internacional e a aplicação das suas determinações no sistema prisional feminino brasileiro para mulheres grávidas e/ou com filhos até 12 anos ou com deficiência? E, mais, quando os filhos deixaram de sofrer com medidas desumanizadoras ao verem cumprido seu direito de estar em companhia de sua genitora no cárcere feminino brasileiro? Para responder estas perguntas, é importante, neste momento, passar à análise da natureza jurídica das Regras de Bangkok no Brasil.

Em seguida serão abordados, os fundamentos do direito internacional, bem como o reconhecimento de normas e regulamentos estrangeiros em relação à recepção dessas regras, no Brasil. Posteriormente a natureza jurídica e as possibilidades de aplicação eficaz no ordenamento brasileiro das regras de Bangkok.

2.2 Natureza jurídica das Regras de Bangkok

Com efeito, a Constituição Federal brasileira estabeleceu novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo e que devem ser sempre levados em consideração quando da interpretação das normas do ordenamento jurídico prático. Este documento é considerado um marco de abertura do sistema jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Isto porque sua promulgação caminha em direção ao início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos. Em matéria de direitos e garantias, a Carta Constitucional, conforme estabelecido no §2º do artigo 5º, adota uma dúplice fonte normativa. A primeira advinda do direito interno, quer dizer os direitos expressos e implícitos no texto constitucional; e a outra, proveniente do Direito Internacional, fruto dos acordos internacionais de proteção aos direitos humanos assumidos pelo Brasil, a exemplo das regras de Bangkok.

Por sua vez, a metódica internacional, como garantia suplementar e conjunta de proteção, institui mecanismos de controle internacional, ativáveis quando o Estado se mostra falho ou omissor na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais. Ressalte-se que,

em razão da natureza de *soft law*⁹⁸ das recomendações da ONU, não é possível verificar a aplicação de sanções pelo próprio órgão. Porém, entre os próprios Estados, em suas políticas internacionais, são notórias as influências de suas ações – como embargos – com força impositiva⁹⁹.

Pretende-se aferir o valor jurídico das Regras de Bangkok. Por possuir conteúdo de direitos humanos, no que diz respeito à visão tradicional desses direitos, não podemos esquecer a historicidade em que os direitos humanos estão inseridos, e nascidos em certas circunstâncias, que são caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e, nascidos de modo gradual não todos de uma vez e nem de uma vez por todas¹⁰⁰, pensa-se que de grande valia são os ensinamentos a respeito do termo *jus cogens* significa direito imperativo ou direito cogente, Conforme Barberis¹⁰¹ e Nasser¹⁰².

Ao momento que elucidamos um aspecto real acerca do fenômeno da *soft law*. A pretensão nesse momento é conceituar e vislumbrar o alcance deste fenômeno no Direito Internacional, bem como sua interação com as relações internacionais. Por se tratar de um fenômeno historicamente recente, veremos que não há um conceito único, mas sim multifacetado, plural¹⁰³, nesse aspecto, ressalta-se que a *soft law* se configura em diversas categorias e por serão enfocados instrumentos produzidos pelos Estados, Organismos Internacionais e entes não estatais.

Desse modo, o conceito desse fenômeno se faz necessário à medida que se estabelecer características em comum que podem representar a melhor acepção da *soft law*. No que o que pulsa os estudiosos brasileiros, pode-se constatar que há carência teórica sobre o assunto. Entretanto vale mencionar o trabalho de Salem Hikmat Nasser¹⁰⁴, que assim apresenta categorias de *soft law*:

⁹⁸ O fenômeno da *soft law*. É nosso intuito vislumbrar o alcance deste fenômeno no DI, bem como sua interação com as relações internacionais. Neste sentido cumpre conferir ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. *Hard and soft law in international governance*. International Organization, Cambridge, v.54, n.º3, p.421-456, 2000.

⁹⁹ Em outros casos, que não o analisado neste trabalho, é possível visualizar no âmbito interno do país movimentos sociais com caráter impositivo.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

¹⁰¹ BARBERIS, Julio A. **La liberte de traïter des Etats et le jus cogens**. Max-Planck-Institut, 1970. Disponível em: <http://www.zaoerv.de>.

¹⁰² NASSER, Salem Hikmat. **Jus Cogens ainda esse desconhecido**. Revista de Direito GV, n.2, p.161-178, jun/dez 2005.

¹⁰³ Guido Soares, por sua vez, percebeu que o “conceito de *soft law* emergiu a partir da relevância e da atuação crescente da diplomacia multilateral, seja nos foros diplomáticos de negociação, seja a partir de interpretações dadas aos tratados multilaterais elaborados sob a égide das organizações intergovernamentais, seja dos próprios atos unilaterais destas, seja em congressos e conferências. A idéia subjacente à sua adoção (...) parece-nos repousar num sentimento de que as normas jurídicas deveriam estar mais perto das necessidades humanas (...)”. SOARES, G.F.S. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.137

¹⁰⁴ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 25.

Entende-se por *soft law*, basicamente: (1) normas, jurídicas ou não, dotadas de linguagem vaga, ou de noções com conteúdo variável ou aberto, ou que apresentam caráter de generalidade ou principiológico que impossibilite a identificação de regras específicas e claras; (2) normas que prevêm, para os casos de descumprimento, ou para resolução de litígios delas resultantes, mecanismos de conciliação, mediação, ou outros, à exceção da adjudicação; (3) atos concertados, produção dos Estados, que não se pretende sejam obrigatórios. Sob diversas formas e nomenclaturas, esses instrumentos têm em comum uma característica negativa: em princípio todos eles não são tratados; (4) as resoluções e decisões dos órgãos das organizações internacionais, ou outros instrumentos por elas produzidos, e que não são obrigatórios; (5) instrumentos preparados por entes não estatais, com a pretensão de estabelecer princípios orientadores do comportamento dos Estados e de outros entes, e tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas.

Inicialmente, pode-se estabelecer, como uma das características que a *soft law* seja um instrumento (*non-binding norm*) que não segue, em termos tradicionais, o princípio do pacta sunt servanda. Oportuno, tecer reflexões e salientar que às proposições teóricas acima mencionadas, que buscam um entendimento da *soft law*, traduzem uma constatação de que a *soft law* não é tratado, pois não segue os rituais pertinentes à elaboração desta modalidade de fonte, e também não é costume, que depende de demonstração. Assim, coadunando com esse pensamento segundo Marcos Aurélio Pereira Valadão¹⁰⁵, a *soft law* é concebida da seguinte forma:

Por *soft law* entendemos as normas exaradas pelas entidades internacionais, seja no âmbito de organizações multilaterais, enquanto pessoas jurídicas de direito Internacional Público, tal qual a ONU, seja no de organizações regulatórias, não necessariamente ligadas às organizações internacionais de direito público, tal qual a Câmara Internacional do Comércio (CCI), e também as declarações de intenção que o conjunto das nações faz, como resultado dos grandes encontros internacionais.

Pelos ensinamentos de OLIVEIRA e BERTOLDI¹⁰⁶ procedência da expressão *soft law* reporta-se a Lord McNair¹⁰⁷, todavia o conceito por ele desenvolvido não almejava estabelecer diferenciação entre direito e não direito. Desse modo, *hard law* e *soft law*, são instrumentos jurídicos e não jurídicos, mas que se propunham a distinguir as expressões *lege ferenda* e *lege data* e também a exposição de enunciados normativos formulados como princípios abstratos que deveriam tornar-se operativos na aplicação do ordenamento jurídico.

¹⁰⁵ VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. *Soft Law: um aspecto (quase) inovador do direito internacional contemporâneo*. Prática jurídica, São Paulo, Ano V, n. 49, p. 14-21, abr. 2006.

¹⁰⁶ Lord McNair coined the term '*soft law*' to describe 'instruments with extra-legal binding effect'. More generally, *soft law* is used in legal literature to describe principles, rules, and standards governing international relations which are not considered to stem from one of the → sources of international law enumerated in Art. 38 (1) ICJ Statute. Disponível em: <http://docenti.unimc.it/paolo.palchetti/teaching/2017/17311/files/soft-law-1>.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. **A importância do soft law na construção do direito internacional ambiental**. In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Anais., Florianópolis. 2010.

No aspecto de que toda cultura tem um feitiço normativo, cabendo-lhe abalizar a existencialidade de padrões, regras e valores que institucionalizam modelos de conduta. Cada sociedade avigora-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como aparelho enérgico de controle social.

Pode-se constatar que, na maioria das sociedades remotas, a Lei é considerada parte central de controle social, elemento material para acastelar, remediar ou penitenciar os desvios das regras prescritas. A Lei proclama a presença de um Direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a conexão do grupo social. Certamente que cada aparelhamento social dispõe de um sistema jurídico que traduz a característica de um grau de evolução e complexidade. Nesse sentido um traço comum entre os autores da denominada Escola de Manhathán é a ênfase da análise no comportamento de Estados, que se percebe, por exemplo, nos estudos reativo-comportamentais de Estados¹⁰⁸ ou no papel do costume para formação do direito internacional¹⁰⁹. Dessa forma, pode-se defender, por meio de observação, a constatação de que as Regras de Bangkok possam assumir natureza jurídica de Direito Costumeiro, no âmbito do Direito Internacional.

Isto é o que Shaw¹¹⁰ relata ao afirmar “que o instrumento ou disposição de que se trata não é por si só uma ‘Lei’, mas uma importância dentro da estrutura geral do desenvolvimento jurídico internacional”. Com relação às Regras de Bangkok, sabe-se que, até o momento, não foram plasmadas em políticas públicas consistentes no Brasil e que ainda necessitam de fomento para a implementação e a internalização eficaz das normas de direito internacional dos direitos humanos brasileiros¹¹¹. Cumprir esta regra é um compromisso internacional assumido pelo Brasil, ainda que não passível de sanção pela ONU.

Embora se reconheça a necessidade de impulsionar a criação de políticas públicas de alternativas à aplicação de penas de prisão às mulheres, é estratégico abordar o problema primeiramente sob o viés da redução do encarceramento feminino provisório. Nesse sentido, uma das fundamentais preocupações das Nações Unidas foi à conversão dos direitos humanos em tema de legítimo interesse da comunidade internacional, o que implicou em processos de

¹⁰⁸ HENKIN, Louis. **How nations behave**. 2. ed., New York: Columbia University Press, 1979.

¹⁰⁹ ROBERTS, Anthea Elizabeth. **Traditional and Modern approaches to customary international law: a reconciliation**. *American Journal of International Law*, v. 95, 2001, p. 757-791. Disponível em: www.asil.org/ajil/roberts.pdf. 2001, p. 757-791

¹¹⁰ SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. 20. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 93

¹¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, 2016. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/0704a9d9eccf5db41ec280b397a41674.pdf> >. Acesso em 18 ago 2018.

universalização e internacionalização desses mesmos direitos. No campo internacional, as fontes formais do Direito Internacional Público nasceram ao longo da história e foram primeiramente consolidadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ)¹¹²:

Artigo 38. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

Depreende-se, portanto, que os tratados, o costume, os princípios gerais do direito, a jurisprudência e a doutrina são apontados como fontes do Direito Internacional pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Além deles, por meio da expressão *ex aequo et bono*, o Estatuto da CIJ se refere também à equidade como forma de decidir juridicamente a solução de conflitos envolvendo a interpretação e a aplicação do Direito Internacional¹¹³. A relevância do Estatuto para a significação das fontes de direito internacional é motivada pelo fato de que quase todos os Estados se comprometeram a observar suas disposições e assumir a importância do artigo 38 para a disciplina das relações internacionais¹¹⁴.

Em contraposição ao monopólio das fontes de direito acima citadas, os direcionamentos internacionais têm sido questionados pelo surgimento de novas formas de criações de direitos e obrigações no direito internacional, como as recomendações. Desta maneira, compreende-se também, a partir de então, um conjunto de acordos ou declarações despojadas de força vinculante, mas de longa data se reconhece que podem ser invocadas como eventual manifestação do costume¹¹⁵. É nesta perspectiva que as Regras de Bangkok são admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como foi assim o delineamento da

¹¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. 1945. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html> >. Acesso em: 18 ago de 2018.

¹¹³ *Ex aequo et bono* é expressão latina, comumente empregada na terminologia do Direito para exprimir tudo o que se faz ou se resolve, "segundo a equidade e o bem". Assim, decidir ou julgar *ex aequo et bono*, quer significar decidir ou julgar por equidade.

¹¹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público**: Parte geral, p. 28; DELL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de direito internacional público**, p. 38.

¹¹⁵ CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 197.

decisão proferida pelo STF, no já citado Habeas Corpus nº 143.641, válido informar, neste momento que esse julgado irá ser estudado posteriormente.

De mais a mais, deve-se levar em consideração o fato de que nem todas as determinações e/ou recomendações jurídicas são aplicadas da mesma forma em todos os Estados devido à variação das condições legais internas e de fatores sociais, econômicos e geográficos do local. Apesar destes aspectos deve haver, porém, um esforço constante para superar práticas que dificultam a aplicação. Este é o ponto falho no Brasil. A legislação brasileira acolhe as recomendações indicadas para o tratamento de mulheres presas, igualando-as substancialmente sem qualquer discriminação, porém não promove a aplicação prática adequada ao desenvolvimento eficaz para a mãe, seu filho e sua comunidade, como sugerem as Regras de Bangkok, segundo Ana I. Cerezo¹¹⁶:

Added to this is the fact that, in view of the great variety of legal, social, economic and geographical conditions in the world, not all the rules can be applied in the same way in all places, urgent need to Bstimulate a constant endeavor to overcome practical difficulties in their application, in the knowledge that they represent, as a whole, global aspirations amenable to the common goal of improving outcomes for women prisoners, their children and their communities. It is not a coincidence that the first of the Bangkok rules alludes to the attention to the distinctive needs of women inmates in the application of the rules to accomplish substantial gender equality shall not be regarded as discriminatory.¹¹⁷

Outrossim, a já mencionada autora indica que as Regras de Bangkok reúnem uma elevada quantidade de determinações particulares sobre as mulheres que necessitam ser consideradas. Alguns críticos sustentem que as regras em si carregam estereótipos de gênero, acredita-se que esta questão a apresenta como uma espécie de discriminação, que se traduz em reconhecimento da desigualdade, não em sentido de inferioridade de aptidão, mas de diferentes características, como a possibilidade de gerar uma nova vida, ainda que dentro do sistema prisional, das mulheres e, por conseguinte, da necessidade de tratamento diferenciado.

As graves violações dos direitos das mulheres presas e de seus filhos nascidos no cárcere têm auferido destaque pelo considerável crescimento do número de detentas no

¹¹⁶ CEREZO, Ana I. **Women in prison in Spain**: The implementation of Bangkok Rules to the Spanish prison legislation. Disponível em: <file:///C:/Users/casa/Downloads/Cerezo2017_Article_WomenInPrisonInSpainTheImpleme.pdf>. Acesso em: 05 jul 2018.

¹¹⁷ Tradução livre: “Soma-se a isso o fato de que, em decorrência da grande variedade de condições legais, sociais, econômicas e geográficas do mundo, nem todas as regras podem ser aplicadas da mesma maneira em todos os lugares. Esta é uma necessidade urgente de estimular um esforço constante para superar dificuldades práticas em sua aplicação, sabendo que elas representam como um todo, aspirações globais passíveis de atingir o objetivo comum de melhorar os resultados para mulheres prisioneiras, seus filhos e suas comunidades. Não é uma coincidência que a primeira das Regras de Bangkok alude à atenção às necessidades distintivas das mulheres reclusas na aplicação das regras para alcançar uma igualdade substancial de gênero não deve ser considerada como discriminatória”.

sistema prisional brasileiro¹¹⁸, bem como pela inobservância das recomendações internacionais sobre direitos humanos das crianças e das mulheres e seus direitos reprodutivos.

Sobre a conjuntura brasileira, visualizam-se fragilidades das políticas criminais e sociais no que diz respeito à redução das desigualdades e ao fortalecimento da cidadania dessas mulheres e suas famílias. É perceptível que as sanções legais aplicadas nos processos criminais não têm beneficiado a reconstrução de projetos de vida, a reinserção social, a redução das desigualdades¹¹⁹ e, até mesmo, a preservação da saúde de mulheres e crianças, como previsto na Lei Nacional de Execução Penal (LEP)¹²⁰. Em outras palavras, o encarceramento feminino tem representado um processo de exclusão, discriminação e estigmatização das mulheres e seus filhos, por seu caráter de vulneráveis, com repercussões negativas e provavelmente irreversíveis em longo prazo.

Diante da importância do disciplinamento elaborado em Bangkok, prossegue-se a análise da repercussão dessas regras no ordenamento Jurídico Brasileiro, do ponto de vista da postura do Brasil em relação à incorporação no sistema jurídico, e aplicabilidade fática dessa recomendação.

Sopesando o fato de que o Estado brasileiro é membro da ONU, e por conseguinte possui o dever de acatar as regras, independente da incidência ou não de sanções pelos mecanismos internacionais de direitos humanos, e por subsecutivo aplicar as Regras de Bangkok. Estas características são balizadoras e revelam, de certo modo, uma possível constatação da natureza jurídica das Regras de Bangkok.

Coforme os ensinamentos de Nasser¹²¹, apreende-se por *soft law*, fundamentalmente: alguns aspectos importantes, quais sejam: normas, jurídicas ou não, carregadas de linguagem vaga, ou de noções com substância variável ou aberta, ou que proporcionam caráter de generalidade ou princípio lógico que impossibilite a identificação de regras específicas e

¹¹⁸ No contexto, internacional, em relação à taxa de aprisionamento, que indica o número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil mulheres, o Brasil figura na terceira posição entre os países que mais encarceram, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da Tailândia. Em um período de 16 anos, entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 455% no Brasil. No mesmo período, a Rússia diminuiu em 2% o encarceramento deste grupo populacional. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações penitenciárias**. INFOPEN, mulheres. 2. ed. Disponível em < http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf >. Acesso em 16 maio 2018.

¹¹⁹ KAHN, T. **Sistema prisional brasileiro**: Algumas considerações internacionais e perspectivas para os próximos anos. Revista do Ilanud; 1997, p. 3 e 43-50.

¹²⁰ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm >. Acesso em: 05 jul 2018.

¹²¹ NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional**: um estudo sobre a soft law. São Paulo: Atlas, 2005

claras. Outra característica normas que preveem, para os casos de inadimplemento, ou para resolução de litígios delas resultantes, mecanismos de conciliação, mediação, ou outros, à exceção da adjudicação.

Em outro aspecto, é que os atos acordados, da produção dos Estados, que não se pretende serem obrigatórios. Sob várias formas e nomenclaturas, esses instrumentos têm em corriqueira o fato de que, em princípio, todos eles não são tratados. Outro fator reside na ideia de que as resoluções e decisões dos órgãos das organizações internacionais são influenciadas por elas, ou outros instrumentos por elas são produzidos, mas esse caráter é de não obrigatoriedade. Assim os instrumentos preparados por entes não estatais, possuem a pretensão de estabelecer princípios orientadores do comportamento dos Estados e de outros entes, tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas, acatadas também pelos tribunais.

Outro indício, do ingresso das Regras de Bangkok, no Estado brasileiro, foi o fato de que em 19 de dezembro de 2018, foi sancionado a Lei nº 13.769 de 19 de dezembro de 2018. Essa norma altera o decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nos 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para constituir a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma circunstância.

Posteriormente, o marco Regulatório, da Primeira Infância, atenta as Recomendações de Bangkok, quando altera o 318, do Código de Processo Penal, para programar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar pessoas com filhos até 12 anos, regra geral para as mulheres, cabendo essa aplicação aos homens, apenas quando forem os únicos responsáveis. Esses elementos são fáticos, e direcionados os resultados do exame das regras de Bangkok, quanto a sua Natureza Jurídica, como *Soft Law*, fossem, ou ainda como um *Costume* no âmbito do Direito Internacional. O que se constata-se é que não há um entendimento pacífico, até o presente momento, quanto a natureza jurídica das regras de Bangkok.

2.3 Regras de Bangkok e sua aplicabilidade no Brasil: o Estatuto da Primeira Infância

No cenário nacional, a Constituição Federal Brasileira de 1988 erigiu diversos princípios fundamentais que devem nortear não só a sociedade civil, mas também os Poderes

Legislativo, Executivo e Judiciário em seus comandos em nome dos titulares do poder, o povo. Muito embora os princípios possuam mesmo peso quando analisados de maneira abstrata, em uma aplicação concreta o valor mais atrativo é aquele que diz respeito à dignidade da pessoa humana por tratar de axiomas mínimos que devem ser observados para o desenvolvimento do ser humana, em especial dos mais vulneráveis, como mulheres, crianças e idosos¹²². De mais a mais, a Constituição Federal garante, ainda, por meio §2º do artigo 5º, que os direitos e as garantias expressos no documento retromencionado não afastam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.

Deste modo, garante-se não só a prevalência dos direitos humanos como também a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade através do reconhecimento de outros direitos, além daqueles preestabelecidos, do qual o Estado brasileiro, em suas relações internacionais, tenha entendido coadunar com seus objetivos e fundamentos nacionais.

Instituiu novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em consideração quando da interpretação das normas do ordenamento jurídico prático. A Constituição brasileira de 1988 deu um passo rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, sendo sua promulgação um marco para o início do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos. Em matéria de direitos e garantias, a Carta Constitucional, conforme estabelecido no §2º do artigo 5º, adota uma dúplice fonte normativa. A primeira advinda do direito interno, quer dizer, os direitos expressos e implícitos no texto constitucional e, a outra, vem do Direito Internacional fruto dos acordos internacionais de proteção aos direitos humanos assumidos compromissos pelo Brasil, a exemplo das regras de Bangkok.

O Supremo Tribunal Federal, por meio do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641¹²³ para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional. Nessa decisão, o Tribunal aplicou as recomendações das Regras das Nações Unidas da o Tratamento de Mulheres Presas, Regras de Bangkok:

Cumprir, mais, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, também

¹²² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL. **Constituição da República Federativa**. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: maio de 2018.

¹²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP**. 2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf> >. Acesso em 18 ago 2018.

conhecidas como Regras de Bangkok(...). Algumas regras específicas merecem especial destaque neste julgamento, estando abaixo transcritas: (...) 58. Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível.

Nesse aspecto, o judiciário brasileiro, representado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Habeas Corpus Coletivo já citado, conheceu e aplicou as recomendações da ONU, quando considerou as provisões 2.3 das Regras de Tóquio¹²⁴, respeitando a recomendação de que mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares, além de invocar, mais, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, também conhecidas como Regras de Bangkok. Importante nesse momento, a análise sobre a natureza jurídica das Regras no Brasil.

2.4 O Estatuto da Primeira Infância: ponderação entre o Direito de Punir e o Princípio do Melhor Interesse da Criança

As Regras de Bangkok, aprovadas no ano 2010 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, põem o consenso ético-jurídico internacional sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade. Nesse conjunto de normas são reafirmados direitos humanos relativos à maternidade; à família; à saúde da mulher, inclusive sexual e reprodutiva, e de seus filhos, em ambiente prisional. Estas regras concebem respostas ao desajuste da legislação e políticas criminais nacionais, às condições femininas e à maternidade. Elas reafirmam as responsabilidades dos países para com o tema. A implementação dos seus dispositivos é urgente no campo das leis e políticas de proteção e promoção aos direitos humanos.

No Brasil, o paradigma da proteção integral, mencionado no primeiro capítulo, orientou o legislador e a formulação de políticas públicas, que surgiram com a Constituição

¹²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio. Regras. Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não privativas de Liberdade.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Capturado em 16 de janeiro de 2019.

Federal de 1988. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, destaca a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

A condição específica de desenvolvimento comina com a prioridade na garantia de direitos e proteção integral a esses sujeitos (crianças e adolescentes). Mais recentemente, o Poder Legislativo tem buscado avançar nas condições normativas para garantir a efetividade dessa proteção integral à criança, sobretudo na primeira infância, pois a ciência vem demonstrando, que os cuidados nos primeiros anos de vida são cruciais na formação humana. Esse raciocínio coaduna com o proposto pelas Regras de Bangkok.

Em 2011, foi estabelecida a Frente Parlamentar da Primeira Infância, integrada por mais de 200 parlamentares. No mesmo ano, diversos deputados passaram a compor a recém-criada: Red Hemisférica de Parlamentarios y Ex Parlamentarios por La Primera Infância¹²⁵. Na qual, germinaram ações de políticas públicas municipais e estaduais para a Primeira Infância. O exemplo do “Programa Primeira Infância Melhor” do Governo Estadual do Rio Grande do Sul em 2003 e o “Mãe Coruja Pernambuca” do Governo Estadual de Pernambuco¹²⁶.

Posteriormente, em 3 de outubro de 2012 foi sancionada a Lei nº 12.722¹²⁷, que instituiu o Programa Brasil Carinhoso, promovendo alterações no Programa Bolsa Família e apoio na ampliação da educação infantil. Essa iniciativa cintilou a discussão sobre os desafios da intersetorialidade na ação governamental, atributo que deve ser fortalecido na formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância.

Posterior a essas regras surge no Brasil uma Lei, que garante a proteção as crianças, do, sobretudo do nascimento aos 6 anos. Pensa-se que tal direito deve motivar a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância. A finalidade de criar um Marco Legal da Primeira Infância é originária de parlamentares, que frequentaram os cursos do

125 RED HEMISFÉRICA DE PARLAMENTARIOS Y EX PARLAMENTARIOS POR LA PRIMERA INFANCIA. **Proyecto “El derecho a un buen inicio”** Auspiciado por la OEA y financiado por la Fundacion van Leer. Disponível em: < <https://www.redem.org/compromiso-hemisferico-primera-infancia/> >. Acesso em 03 set 2018.

¹²⁶ O Mãe Coruja é um dos programas sociais brasileiros de referência na área materno-infantil, sendo reconhecido e premiado pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização dos Estados Americanos (OEA), como modelo de Gestão de Política Pública Implantado em 2007, tornou-se política pública de Estado com a Lei nº 13.959, de 15/12/2009. BRASIL. **Mãe Coruja Pernambucana**. Pernambuco, 2018. Disponível em: < <https://maecoruja.pe.gov.br/> >. Acesso em 20 jun de 2018.

¹²⁷ BRASIL. **Lei nº 12.722**. Brasília, 2012. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12722.htm >. Acesso em 15 ago 2018.

Programa de Liderança Executiva, do Núcleo Ciência Pela Infância (NCPI), do que o Brasil faz Parte¹²⁸.

O projeto de Lei, de autoria do deputado Osmar Terra (MDB), foi comandado pela Frente Parlamentar da Primeira Infância, depois de um amplo diálogo democrático com a sociedade. A iniciativa reunia e atualizava, tudo o que já estava na legislação dedicada aos primeiros anos de vida dos indivíduos.

O Marco Legal da Primeira Infância é uma lei, que enfrentou dois anos de elaboração e discussão, sendo sancionada no dia 8 de março de 2016. Entre as linhas que compõem esse marco regulatório estão: a) direito de brincar; b) de ser cuidado por profissionais qualificados em primeira infância; c) de ser prioridade nas políticas públicas; d) direito a ter a mãe, pai e/ou cuidador em casa nos primeiros meses, com uma licença-maternidade e paternidade justa e) outras garantias (o direito a receber cuidados médicos consistentes, especialmente os que estão em condições de vulnerabilidade).

Com a baliza legislativa da Primeira Infância ficou traçado um passo importante na proteção de menores, pois foram estabelecidos princípios e diretrizes para a formulação de ações públicas. De modo, a atender de forma mais efetiva os direitos da criança nos anos iniciais de vida. Essa baliza normativa buscou superar a segmentação de ações, ampliando a eficácia das políticas voltadas para a infância e definindo estratégias de articulação intersetorial¹²⁹.

O Marco Regulatório da Primeira Infância altera o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 90), o Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689 de 41) e a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452/43), além da Lei nº 11.770 de 2008 (que cria o Programa Empresa Cidadã) e a Lei nº 12.662 de 2012, que altera a Lei de registros públicos, assegurando validade nacional à Declaração de Nascido Vivo. Contudo, o cerne do presente trabalho se encontra na alteração legislativa ocasionada pelo Estatuto da Primeira Infância (artigo 41), que modificou o Código de Processo Penal, especialmente o artigo 318. Essa mudança incrementa uma nova possibilidade de conversão da prisão preventiva em domiciliar.

Esse Marco Regulatório estabeleceu o dever do Estado, na formulação e adoção de políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância. O pleno atendimento dos

¹²⁸ BRASIL. **Primeira Infância**. São Paulo, 2018. Disponível em: < <https://www.fmcsv.org.br/pt-BR/impacto/marco-legal/> >. Acesso em 15 ago de 2018

¹²⁹ BRASIL. **Avanços do Marco Legal da Primeira Infância**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/pdf/obra-avancos-do-marco-legal-da-primeira-infancia> >. Acesso em 16 julho 2018.

direitos da criança na primeira infância constitui objetivo comum de todos os entes da Federação, segundo as respectivas competências constitucionais. Esse fim deve ser alcançado em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com fundamento no art. 8º da legislação mencionada. Ademais, a sociedade tem o encargo de participar solidariamente com a família e o Estado na proteção e promoção da criança com idade tenra. Logo, com o rol indicado no caput do artigo 12, a criança passa a ostentar a condição de cidadã, art. 4º, I, V e parágrafo único da Lei em comento.

Para o desenvolvimento do tema proposto nessa dissertação, o foco será a modificação promovida no Código de Processo Penal. Esse regulamento, ao tratar da prisão domiciliar, prevê a possibilidade de o réu, em vez de ficar em prisão preventiva, permanecer recolhido em sua residência. Trata-se de uma medida cautelar que substitui a prisão preventiva¹³⁰ pelo recolhimento da pessoa em sua residência.

É arrazoado mencionar que, uma tutela cautelar incide sobre os direitos fundamentais do homem, naquilo que ele tem de mais sagrado: a sua liberdade. Conforme as lições de Valdir Sznick¹³¹, desde logo, abrolha o contraste entre o poder do Estado na manutenção da ordem jurídica, em um ponto, e o respeito à liberdade individual, de outro. Para José María Rico¹³², o instituto da prisão preventiva compõe um dos mais intensos e graves exemplos de ingerência do poder estatal na esfera da liberdade do indivíduo, sem que se anteceda uma sentença judicial justificada com base no delito em questão.

Conforme o artigo 317, a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar com autorização judicial. As hipóteses em que a prisão domiciliar é permitida estão elencadas no art. 318 do Código de Processo Penal. A Lei nº 13.257 de 2016 promoveu importantíssimas alterações neste rol. Um exemplo é o inciso IV, que prevê a prisão domiciliar para gestante, independente do tempo de gestação e de sua situação de saúde. Assim, com as novações legislativas o artigo 318 modificou a antiga redação, que informava a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando a gestante estivesse a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

¹³⁰ Prevista entre os artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal Brasileiro, a prisão preventiva pode ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal de ofício ou a requerimento da Autoridade Policial, do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação. Esse tema será desenvolvido no capítulo três.

¹³¹ SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Leud, 1994, p. 285.

¹³² RICO, José María. **Justicia Penal y transición democrática en América Latina**. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 1997, p. 260.

A criança, de mãe encarcerada, tem o direito de estar ao lado de sua genitora. O artigo 89 da Lei de Execuções Penais apresenta a necessidade de presídios terem seções para gestantes, parturientes e creches, além dos requisitos referidos no artigo 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Posteriormente a Lei nº 12.962 de 2014, que modifica o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 90) para incluir a garantia de visitas periódicas ao pai ou mãe presa, independentemente de autorização judicial.

Recentemente a Lei nº 13.257 de 2016, permite o juiz substituir a prisão preventiva de uma acusada por prisão domiciliar, em conformidade conforme o artigo 318, V, do Código de Processo Penal, introduzido recentemente pela Lei nº 13.257 de 2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, e que alteraram o Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA. O referido inciso dispõe que a prisão preventiva poderá ser substituída pela domiciliar caso a acusada possua filho com até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Com as novidades trazidas pelo marco regulatório na primeira infância, especialmente no artigo 318. O juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for inciso IV: gestante. Desse modo, agora basta que a investigada ou ré esteja grávida para ter direito à prisão domiciliar. Não mais se exige tempo mínimo de gravidez, nem que haja risco à saúde da mulher ou do feto. Em contrapartida no inciso V prevê prisão domiciliar para mulher que tenha filho menor de 12 anos.

Em continuidade a esse raciocínio, o artigo 318¹³³ assevera que poderá o juiz deslocar a prisão preventiva pela domiciliar, quando o agente for mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Recordando que esta hipótese não existia anteriormente e foi incluída pela Lei nº 13.257 de 2016. No inciso VI, do artigo 318, é possível identificar mais uma inovação dispondo, que pode ocorrer a prisão domiciliar para homem, na hipótese de ele

¹³³ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:(Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;(Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018). Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

ser o único responsável pelos cuidados do filho menor de 12 anos. Esta hipótese não existia e foi inclusa pelo citado Marco legal da Primeira Infância.

Transcorridas as principais alterações na legislação instrumental, em matéria penal, pode-se afirmar que o Marco Regulatório da Primeira Infância proporcional à irradiação do princípio constitucional da intranscendência da pena¹³⁴. Postulando, que a penalidade não poderá passar da pessoa do condenado, da mãe em relação ao filho, conforme garante o inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, conforme ensina José Antonio Paganella Boschi¹³⁵, que o princípio da intranscendência é expressão da evolução dos povos. Constou da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, foi reeditado na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, e tem, em nosso meio, base constitucional. Dessa maneira, a sanção deve ser individualizada, levando-se em consideração as características e as condições peculiares da pessoa em desenvolvimento.

Nessa perspectiva, a Lei não pode ser interpretada para que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. Dessa forma, o princípio constitucional da pessoalidade da pena informa, que quando a responsabilidade do condenado é de natureza penal, somente ele, e mais ninguém, poderá responder pela infração praticada. Logo, qualquer que seja a natureza da sanção, privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, apenas o condenado deverá cumpri-la.

Um ponto de impacto surge com a regulação do estatuto da primeira infância e as alterações no código de processo penal. Auferir o aparente conflito entre o princípio do melhor interesse da criança e o *jus puniendi* estatal.

A teoria do crime reveste de cientificidade o *jus puniendi*, pois oferece critérios para explicação, racionalização e limitação do poder punitivo. Destarte, tudo o que não se adaptar às indicações da teoria do crime não poderá ser objeto de punição por parte do Estado. A dogmática penal está estruturada através de três grandes pilares: a teoria da pena, a teoria do crime e a teoria da lei penal. A teoria do crime é a que mais se empenha em conferir status de ciência ao direito penal. Como dizia Tobias Barreto¹³⁶, a razão da pena está no crime e o centro de gravidade do direito penal está na pena. Nesse sentido, o *Jus Puniendi*, basicamente se resume no direito de punir do Estado. Porém, surgem debates acerca da

¹³⁴O princípio da personalidade da pena, também conhecido como princípio da pessoalidade ou da intranscendência, quer dizer que a pena não pode passar da pessoa do delinquente. Está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, que, no artigo 5º, inciso XLV, dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado. O princípio da intranscendência da penal será tratado pormenorizadamente no capítulo três.

¹³⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella Boschi. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 48.

¹³⁶ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. São Paulo: Record, 1991, p. 110.

legitimidade do mesmo, especialmente concernente ao Direito do Estado em punir alguém que está em conflito com a lei penal. Desse modo, a lição de Tobias Barreto¹³⁷ é bastante atual, para ele essa questão é esvaziada, pois a pena é a manifestação de um ato de poder.

[...] o centro de gravidade do direito criminal está na pena, como o do direito civil está na execução. Ora ainda não se buscou saber qual a razão filosófica do direito de punir para que buscá-la para o direito de punir? De todas as bolhas de sabão metafísicas é talvez essa a mais fútil, a que mais facilmente se dissolve ao sopro da crítica.

A dogmática penal e, em específico, a teoria do crime, tem na tipicidade o seu primeiro elemento. Os outros são a antijuridicidade e a culpabilidade, que representam uma limitação *ao jus puniendi*. Com efeito, a dogmática penal tem como fonte as ideias do movimento denominado iluminismo penal, que atribui a Cesare Bonesana¹³⁸, mais conhecido como o marquês de Beccaria, a paternidade do princípio da legalidade. Já, que em sua obra “Dos delitos e das penas”, ele alvitra a limitação *ao jus puniendi*, apresentando o princípio da legalidade, por intermédio de um capítulo reflexivo sobre a origem do direito de punir.

A legalidade, dessa maneira, é a o elemento mais importante de limitação ao poder de punir do Estado. Deve-se fazer a ressalva de que, o princípio da legalidade descrito por Beccaria não está fundamentado a partir da dogmática penal, tendo em vista que sua obra é um tratado de filosofia política. Entretanto suas contribuições repercutem em tempos modernos.

A Constituição de 1988 é a Lei Suprema e admite sistema de valores essenciais, conformata a ordem administrativa e política de Estado, e, por conseguinte possui o poder de irradia suas normas por todo o ordenamento jurídico¹³⁹. Nela está contida pluralismo de ideias, e por conta disso surgem os aparentes embates de normas, logo os conflitos podem ocorrer em nível Constitucional.

Diante dessa constatação, é imperioso examinar a ocorrência ou não, de afetação ao Estatuto da Primeira Infância, principalmente quando sinaliza aparente colisão de princípios, em relação à técnica da ponderação de interesses. Este é um tema que encontra guarida nas lições de Daniel Sarmiento e Humberto Ávila. A sociedade é composta por uma ampla diversidade cultural, assim, divergentes ideias e conclusões sobre um mesmo assunto podem ser observadas. Compreensões variadas podem até ser encontradas no tocante a um mesmo direito e sua aplicação.

¹³⁷ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. São Paulo: Record, 1991, p. 110

¹³⁸ BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Rizzoli, 1950.

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 99.

Nesse aspecto, far-se-á utilização da técnica de ponderação de interesses de Sarmento¹⁴⁰, apresentada por Sarmento, desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, em detrimento do princípio do melhor interesse da criança.

A técnica de ponderação de interesses tem por objetivo principal a solução de tais conflitos. Para uma aplicação precisa da ponderação de interesses, o intérprete deve utilizar valores, que se caracterizam por serem abstrações que não podem ser quantitativamente mensuráveis, com uma grande carga de abstrações, que não pode ser quantitativamente mensurável. Recorrendo ao que se convencionou chamar juízos axiológicos. Nesse aspecto, Sarmento¹⁴¹ afirma que, dado o alto valor subjetivo contido, a ponderação de interesses não se constitui em um método preciso e sistemático de solução dos aparentes conflitos dos princípios constitucionais, e defende que deve haver a maior objetividade e racionalidade possíveis.

Essa formação estrutura, com maior objetividade refere-se ao modelo de técnica de ponderação de interesses apresentada por Daniel Sarmento¹⁴², onde se observa que se pode então afiançar que a ponderação de interesses, pelo menos na versão ora sustentada, ostenta uma estrutura tridimensional, pois compreende os três elementos em que se decompõe o fenômeno jurídico: fato(efetividade social), norma(ordenação e ciência do Direito) e valor(valor de justiça)¹⁴³. Esses aspectos formam uma coesão que atribui dinamicidade ao Direito, Tem em vista que, este deve buscar satisfazer às estruturas sociais hodiernas, buscando alcançar um resultado prático para o caso concreto.

No primeiro momento, “preparação da ponderação”¹⁴⁴, o intérprete do direito deve identificar qual o conflito normativo, buscando aferir todos os elementos e argumentos. Isso é necessário para que seja indicado o objeto da ponderação.

Nas lições do professor Sarmento, se o embate ocorrer entre normas-regra não será alvo de uma ponderação, mas deve ser resolvido através dos critérios clássicos de solução¹⁴⁵,

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 76.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Pode dizer que o aparente relativismo da teoria de Reale, é superado pela constatação, do que o autor prefere chamar de “constante axiológica”, ou seja, valores intrínsecos ao ser humano como a vida, a liberdade, a igualdade, inerentes à condição humana. Reale, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

¹⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 95.

¹⁴⁵ No Conflito Aparente de Normas, são basicamente solucionados por três principais critérios de resolução de antinomias jurídicas: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. Pelo primeiro, as normas superiores devem prevalecer sobre as inferiores (*lex superior*); pelo segundo, as normas posteriores revogam as anteriores com ela incompatíveis (*lex posterior*); pelo último, as normas mais específicas afastam a incidência das normas

contraindo essa ideia Humberto Ávila¹⁴⁶, afirma que as regras também são sujeitas a uma ponderação¹⁴⁷.

Ou seja, para Sarmento apenas haverá obrigação de usar a técnica da ponderação quando existirem dois ou mais princípios em suposta colisão. Nestes casos, caberá ao intérprete identificar os preceitos em conflito e buscar a mais perfeita forma de harmonizá-los no caso específico, satisfazendo o alcance da “unidade constitucional”¹⁴⁸.

Nesse sentido, declara Sarmento¹⁴⁹, “pode-se então afirmar que a ponderação de interesses, pelo menos na versão ora defendida, ostenta uma estrutura tridimensional, pois compreende os três elementos em que se decompõe o fenômeno jurídico: fato, norma e valor”. Nessa perspectiva, ele salienta a imprescindibilidade da constitucionalização dos direitos, sobretudo dos direitos fundamentais. Nestas situações, as soluções partem de uma análise hermenêutica do caso em questão.

A observação imposta por seus ensinamentos¹⁵⁰ se justificará na medida pois em primeira plano revela-se apta para garantir a sobrevivência do interesse contraposto, quer dizer que, não pode abolir ou ameaçar a existência do princípio restringido, em segundo, pelo fato de não haver solução menos gravosa, ou seja, a determinação deve ser apenas o bastante para solucionar o aparente embate, e em terceiro ponto o aditamento alcançado com a restrição a um interesse deve galardoar o grau de hecatombe imposto ao interesse adverso. Adotando a análise das fases da ponderação, se o intérprete apurar a ocorrência do aparente conflito constitucional, deve passar à fase de “realização da ponderação”¹⁵¹, em outras palavras, à etapa de ponderação de fato.

Neste segundo tempo, o operador do direito deve averiguar a relação de primazia entre os princípios conflitantes. Diante dos fatos apresentados o interprete deve, ante dos princípios

mais gerais (*lex specialis*). BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5 ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1994. p.21 e FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 21.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44.

¹⁴⁷ SARMENTO, Daniel. Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 104. e ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo. Malheiros, 2004, p. 112.

¹⁴⁸ Salienta-se que a expressão “unidade constitucional” foi utilizada por Sarmento. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 100.

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 99.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 104. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo. Malheiros, 2004, p. 112.

¹⁵¹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 100.

que estão em embate deve: “impor compressões”¹⁵², buscar encontrar um “ponto ótimo”¹⁵³ entre eles, no qual haja uma restrição atribuída a cada um dos interesses tutelados pelos princípios em demanda, e aferir o “peso genérico”, que consiste apenas como sendo um norteador, ao que posteriormente atribui-se como sendo um “peso específico”¹⁵⁴.

Ao definir o peso específico, que pode ser balizado é que diante de cada caso concreto, é que poderá se dar a averiguação e se chegar há um resultado, ou seja, assim, percebe-se que a solução do conflito é casuística, pois intérprete encontra o “valor”. Com isso, implicitamente e por comparação, encontra também a força com que deve enquadrar a restrição a ser imposta ao princípio de menor valia diante do embate.

Logo, espera-se o cumprimento da Lei nº 13.257 de 2016 em conformidade com os ditames constitucionais, especialmente no que diz respeito às hipóteses de cabimento da substituição de prisão privativas de liberdades, reguladas no artigo 318 do Código de Processo Penal. Ou seja, a devida ponderação de interesse entre o *Jus Puniendi* e o melhor interesse da criança.

No próximo capítulo será abordado o direito de estar junto: mães e seus filhos no cárcere, e por força dos últimos acontecimentos, no judiciário brasileiro, será estudado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao Estatuto da Primeira Infância em uma análise do Habeas Corpus coletivo nº 143.641. Para melhor desenvolver o tema proposto passa-se a tecer considerações a respeito das prisões cautelares: especificamente a prisão preventiva e a sua substituição pela domiciliar, e como reflexo a análise do custo sociais da maternidade no cárcere. Por último, o levantamento da aplicação do precedente vinculante (HC Coletivo 143.641), do Supremo Tribunal Federal, e sua aplicação no Tribunal de Justiça no Estado de Sergipe.

¹⁵² SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 102.

¹⁵³ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 103.

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002, p. 104.

3. O DIREITO DE ESTAR JUNTO: MÃES E SEUS FILHOS NO CÁRCERE

No presente capítulo, o foco central do trabalho é o estudo do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 e das prisões cautelares, a fim de analisar os impactos sofridos que alcançaram mães e seus filhos no sistema prisional. Posteriormente, problematiza-se quais são os custos sociais da maternidade no cárcere e qual o efeito do Habeas Corpus Coletivo no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

3.1 O Supremo Tribunal Federal e o Estatuto da Primeira Infância: Análise do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641

Diante da alteração promovida pelo Estatuto da Primeira Infância, em possibilitando uma nova modalidade de prisão domiciliar em detrimento à prisão preventiva, o Supremo

Tribunal Federal Brasileiro, debruça-se sobre o pleito da Defensoria Pública da União impetrado por meio de Habeas Corpus Coletivo em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, bem como em favor das próprias crianças.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na sessão do dia 20 de fevereiro de 2018, por maioria de votos, conceder Habeas Corpus coletivo nº 143.641¹⁵⁵ para decretar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar às mulheres detidas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319¹⁵⁶ do Código de Processo Penal (CPP).

Mesmo que não seja o objetivo principal deste trabalho examinar propriamente a legitimidade do *writ*, é interessante notar que os ministros da Segunda Turma discutiram a aceitação do Habeas Corpus coletivo. Para o relator, ministro Ricardo Lewandowski, o habeas corpus, como foi apresentado, na extensão coletiva, é cabível¹⁵⁷. Neste sentido, foi garantida a constitucionalidade da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de Ação Civil Pública para a tutela de direitos transindividuais e individuais homogêneos, afiançando aos

¹⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf> >. Acesso em 08 set 2018.

¹⁵⁶ Para melhor compreensão, ressalta-se o disposto no Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: essa redação foi dada pela Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. IX - monitoração eletrônica. Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. Incluído pela Lei nº 12.403 de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Capturado em 25 de Janeiro de 2019.

¹⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente.** Disponível: < <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152> >. Acesso em 08 set 2018.

mais necessitados o acesso à justiça, com embasamento no princípio da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais¹⁵⁸.

De acordo com o artigo 102, I, “i”, da Constituição da República, cabe ao STF julgar Habeas Corpus quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou servidor cujos atos estejam sujeitos inteiramente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou verse sobre crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

Desse modo, não parece cabível à Corte julgar, diretamente, um Habeas Corpus coletivo que tenha como pacientes pessoas em situações absolutamente heterogêneas: alguns ainda sem provocar nem mesmo os juízes de primeira instância, outros que possuem Habeas Corpus ainda pendentes de julgamento em tribunais inferiores etc. Isso sem contar as especificidades de cada situação fática, ou seja, crimes praticados com violência, reincidência, estrutura penitenciária, dentre outros.

No entanto, a Carta Constitucional de 1988 prevê o Mandado de Segurança coletivo e Ação Civil Pública, onde se tutelam direitos coletivos em sentido amplo (direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneas). Da mesma forma, que o habeas corpus coletivo, o Mandado de Injunção coletivo não era expresso constitucionalmente. Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal já admitia o Mandado de injunção coletivo antes mesmo da Lei nº 13.300 de 2016.

Entendido o Habeas Corpus como um instrumento que protege a liberdade, ou seja, o direito de não ser preso ilegalmente. Por conseguinte, a partir raciocínio, pode-se deduzir que a Constitucional Federal admite a tutela coletiva para qualquer direito difuso e coletivo, outro argumento seria o princípio da máxima eficiência/efetividade das normas constitucionais, duração razoável do processo e o benefício a uma maior coletividade de pessoas e a máxima efetividade da prestação jurisdicional.

Em contrapartida, existem argumentos contrários à legitimidade do Habeas Corpus coletivo, quais sejam: o artigo 654, §1º, do Código de Processo Penal prevê que haja identificação do paciente em ação individual, e o fato da Constituição Federal não prever expressamente o Habeas Corpus Coletivo e vedar decisões genéricas.

Nesse sentido, na atualidade, duas convergências importantes se despontaram no campo da proteção judicial de direitos: a tutela dos direitos coletivos e a tutela coletiva de

¹⁵⁸ FORSTER, João Paulo Kulczynski; BURALDE, Camila Mousquer. **O acesso à justiça e a adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos**: Exame do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Disponível em: < file:///C:/Users/casa/Downloads/9FVaLIgxxu61Yrgz.pdf >. Acesso em 30 ago 2018.

direitos¹⁵⁹. Pode-se entender que a proteção de direitos e interesses transindividuais, de natureza difusa ou coletiva *stricto sensu*, que não eram antes assegurados pelos ordenamentos jurídicos, e com o reconhecimento de novos direitos, por exemplo, a proteção do meio ambiente e do patrimônio histórico cuja titularidade e fruição se dão coletivamente, adveio da necessidade de repensar os costumeiros instrumentos processuais. De modo similar, é o que ocorreu ante a admissão da Legitimidade do habeas Corpus Coletivo no Supremo Tribunal Federal¹⁶⁰. Como ensinam Capelletti e Bryant Garth¹⁶¹:

As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. (...). Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, a barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.

Desse modo, é cabível a figura do Habeas Corpus Coletivo, ou seja, que tenha por paciente uma coletividade. Sob a perspectiva das contribuições teóricas de Antonio Gidi¹⁶² e Mafra Leal¹⁶³, conhece-se por coletiva aquela ação proposta por um legitimado extraordinário ou substituto processual, em proteção a um direito naturalmente ou incidentalmente coletivo, apta à produção de uma decisão final cujos efeitos são extensíveis a uma comunidade ou coletividade.

Dessa forma, há possibilidade de impetração de Habeas Corpus Coletivo, sob o argumento da doutrina brasileira, pois as pessoas na agremiação, por mais que tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, podem encontrar entraves para concretização desses direitos fundamentais básicos. Outro ponto importante acatado no *writ* foi à existência do mandado de segurança e do mandado de injunção coletivos com legitimação da Defensoria Pública para a propositura deste último, tudo a comprovar o direcionamento das ações constitucionais em prol de soluções coletivas. Desta maneira, consolida-se uma solução viável para garantir acesso à Justiça de grupos sociais mais vulneráveis.

¹⁵⁹ Para mais detalhes ver TEORI, Albino Zavascki. **Processo coletivo**: Tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁶⁰ Por meio de analogia, o Supremo Tribunal Federal invoca o art. 12 da Lei nº 13.300 de 2016 (Lei do Mandado de Injunção Coletivo) para a definição da legitimidade ativa, assegurada ao Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação (para a defesa dos direitos de seus membros ou associados) e defensorias públicas.

¹⁶¹ CAPELLETTI e BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 27.

¹⁶² GIDI, Antonio. El concepto de acción colectiva. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos**: Hacia um código modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004, p. 14. Disponível em: < <http://www.gidi.com.br/publications> >. Acesso em: 14 ago 2018.

¹⁶³ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: História, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 13.

Superado, para esse trabalho, o exame da legitimidade coletiva do Habeas Corpus nº 143.641/SP, passa-se à análise do mérito. Em relação aos motivos que concederam a ordem e aos fundamentos que liberam a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas no Brasil, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência.

No mérito, foi consentida a aplicação do princípio da intranscendência, o qual versa sobre a impossibilidade de a pena passar da pessoa do condenado, bem como do princípio da primazia dos direitos da criança. Porém, na prática, tais postulados têm sido afrontados metodicamente pela manutenção de prisão preventiva de mulheres e de suas crianças em ambiente inadequado e superlotado. Além disso, foi fundamentado pela interpretação conforme a leitura correta da Lei nº 13.257 de 2016 de que não há necessidade de satisfazerem-se outras condições, salvo as expressas na própria lei, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Para entender melhor a reflexão sobre o cumprimento das garantias e o respeito aos preceitos legais, sobre tudo a deferência do princípio da intranscendência da pena e da individualização da pena, como se sabe, no final do século XVIII, verifica-se uma tendência de reforma nas leis e na administração da justiça, propiciada por um extraordinário movimento de ideias, ao qual se denominou Iluminismo. Verdadeiro marco na história do princípio da personalidade da pena, e do próprio direito penal, ocorre em 1764, com a publicação, em Milão, da obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em que o caráter humanitário presente em sua obra foi um marco para o Direito Penal. Insurgiu-se contra a tortura como método de investigação criminal e pregou o princípio da responsabilidade pessoal, buscando evitar que as penas pudessem atingir os familiares do infrator. A pena, segundo Beccaria¹⁶⁴ defendeu, além do caráter coercitivo deveria sustentar-se na missão de regenerar o criminoso.

No período seguinte, advertiu a consagração da personalidade da pena. Nas Lições de Fernando Vernice dos Anjos¹⁶⁵: é princípio consagrado do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado. Dessa forma, ao contrário do advindo no direito pré-beccariano a pena não pode se desdobrar a pessoas estranhas ao delito, mesmo que vinculadas ao condenado por laços de parentesco.

¹⁶⁴ BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Rizzoli, 1950.

¹⁶⁵ ANJOS, Fernando Vernice dos. **Princípio limitadores da execução penal**. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009 p. 51.

Ao se condenar uma pessoa à prisão, por exemplo, pode-se estar embaraçando sua família, que perderá a renda por ele auferida quando em liberdade. Como aponta Fernando Vernice dos Anjos: trata-se de um princípio basilar de ser explicado e abstratamente aplicado. Qualquer regime democrático rejeita as antigas sanções de desonra ou confisco contra a família do criminoso. Todavia, é sabido que qualquer pena e, especialmente, a de prisão, afeta o ambiente de pessoas próximas ao condenado. Pois, famílias ficam privadas de pais e de mães que, encarcerados, não podem provê-las, ocorrendo uma verdadeira transferência da pena. Assim, a sanção deve ser individualizada levando-se em conta as características e as condições peculiares da pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, não se pode interpretar a lei no sentido de que a sanção transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de Princípio da proibição da dupla punição.

Como garante o inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual prevê: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”, esse dispositivo trouxe justamente o ideal cumprimento dos princípios constitucionais da intranscendência da pena, tendo em vista que a pena, não poderá passar da pessoa do condenado, da mãe em relação ao filho.

Nesse aspecto, complementado o ideal fundamentado no Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP, a respeito do princípio da primazia dos direitos da criança, ficou entendido que crianças que acompanham suas mães no cárcere, representam afronta, pois sistematicamente a manutenção de prisão preventiva de mulheres e de suas crianças em ambiente inadequado e superlotado, chega a inviabilizar a aplicação dos direitos fundamentais, à liberdade, proteção, lazer, e, sobretudo, à convivência familiar comunitária das crianças.

Para viabilizar a garantia de absoluta prioridade, o Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhece o estágio peculiar de desenvolvimento característico da infância e da adolescência, o que entende crianças e adolescentes em caráter de vulnerabilidade e abona a proteção especial e integral que devem receber. Pelas diretrizes fixadas no artigo 4º do ECA¹⁶⁶, em que a garantia de prioridade compreende: a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais

166 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm >. Acesso em 15 junho 2018.

públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Nesse sentido, violações de direitos padecidas durante a infância provocam graves danos e implicações para toda a vida do indivíduo, dadas a condição peculiar de desenvolvimento das crianças e sua consequente hipervulnerabilidade biopsíquica¹⁶⁷. Justamente por isso, lhes é assegurada a garantia de prioridade absoluta.

A doutrina da proteção integral é inaugurada com o artigo 227 da Constituição, como questão já tratada em capítulos anteriores afiança à criança não só os direitos fundamentais conferidos a todos os cidadãos, mas também aqueles que atentam às especificidades da infância. Ainda, por essa doutrina, entende-se que é necessário cuidar da criança não só combatendo violações como também promovendo direitos. Nesse aspecto, O HC 143.641/SP, concretiza essas garantias quando fundamenta a decisão nessa norma e reconhecendo a necessidade de:

Aliás, a reiteração da ênfase conferida pela ONU sobre o tema foi reforçada nos ODS justamente porque, durante o tempo em que vigoraram os ODMs (2000-2015), foi possível constatar “a falta de avanço em algumas áreas, particularmente aquelas relacionadas com saúde materna, neonatal e infantil e saúde reprodutiva” (MACHADO FILHO, H. União Europeia, Brasil e os desafios da agenda do desenvolvimento sustentável. In: Dos objetivos do milênio aos objetivos do desenvolvimento sustentável: lições aprendidas e desafios. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2016, p. 88)¹⁶⁸.

Como uma conquista, o Marco Legal da Primeira Infância, Lei nº 13.257 de 2016 reafirma a preservação dos Direitos da Criança ante a desnecessidade de satisfazerem-se outras condições, além das expressas na própria Lei, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, para mães com filhos menores de 12 anos.

Em relação aos efeitos, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu restrições quando determina que haja exceção àquelas que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais

¹⁶⁷ A expressão hipervulnerabilidade biopsíquica diz respeito a um estado de maior “vulnerabilidade agravada”, pois essas crianças descritas anteriormente além de serem pessoas humanas em condição peculiar de desenvolvimento, encontram-se em situação de cárcere ou sofrem os efeitos da prisão como consequência do cerceamento de liberdade de seus pais, dada a condição biopsíquica das crianças. O Termo “vulnerabilidade agravada” foi utilizado por Sposato, em seu livro SPOSATO, Karyna Batista.; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Orgs.) Justiça Juvenil Restaurativa e Novas Formas de Solução de Conflitos. São Paulo: Editora CLA, 2018. Válido ressaltar que o raciocínio interseccional de hipervulnerabilidade biopsíquica, é fruto dos estudos de Kimberlé Crenshaw, como ferramenta de análise para destacar os entrecruzamentos de sistemas discriminatórios, disponível em: CRENSHAW, kimberl. University of California em Los Angeles Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>. Capturada em 13 de novembro de 2018.

¹⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 08 set 2018.

deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício ¹⁶⁹, tendo em vista a aplicação do próprio princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Por maioria, os ministros concederam extensivamente a decisão HC em nome de todas as presas preventivas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade, estendendo a decisão a adolescentes e responsáveis por pessoas com deficiência, adotando fez uma interpretação extensiva para abranger adolescentes em situação similares ¹⁷⁰:

Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.

Um ponto interessante que deve ser analisado, é que nas hipóteses de descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347 ¹⁷¹.

Por certo, dada à incapacidade estrutural de analisar um grande volume de petições de reclamação constitucional, o STF resolveu limitar o instrumento, reduzindo o seu próprio controle sobre a efetividade da decisão. Na mesma deliberação, foi reconhecida a possibilidade de os juízes negarem o benefício da prisão domiciliar, em situações excepcionais. Aqui se encontra a crítica que pode ser feita ao julgado, em virtude de existirem pacientes e autoridades coatoras em diversas circunstâncias, o que fica evidenciado pela heterogeneidade. A falta de questão comum bem definida conduziu o Supremo a assumir uma complexa competência originária e, igualmente, a articular uma decisão com altivo grau de abstração e exceções, limitando, ao final, a possibilidade de controlar diretamente o descumprimento da sua decisão.

Por tratar-se de ação cujos efeitos podem ter abrangência nacional, mas em forma de precedente vinculante, posto que, a provocação por meio de advogado é dispensável, visa-se, justamente, suprir falhas estruturais de acesso à Justiça da população presa. Logo, cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial ¹⁷².

Em 25 de outubro de 2018, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, concedeu Habeas Corpus de ofício para que presas com filhos que ainda não

¹⁶⁹ Idem

¹⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 08 set 2018.

¹⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>

¹⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus Coletivo nº 143641/SP**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em 08 setembro de 2018.

foram colocadas em prisão domiciliar tenham direito ao benefício, garantido pela Segunda Turma no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 143641¹⁷³.

O ministro considerou diversos casos individuais que foram apregoados nos autos relatando que em seus fundamentos as ações não aplicavam decisão do Habeas Corpus Coletivo por diversos motivos. Nesse sentido, Lewandowski ponderou que alguns casos fazem jus a serem analisados e explicitados, por originarem questões que atraem a competência, ou seja por tratarem do mesmo fundamento, mesma causa de pedir e matéria controvertida pela Suprema Corte nos casos de prisão domiciliar de mães com filhos menores de 12 anos. Nesses casos o alcance é coletivo. São ações que, segundo o ministro, têm potencial de dar maior concretude ao conteúdo do acórdão da Segunda Turma¹⁷⁴. O relator apreciou o Habeas Corpus de ofício nos casos detalhados em sua decisão monocrática.

Na mesma decisão, tomada na análise de diversas petições juntadas aos autos do HC, o ministro requisitou informações às Corregedorias dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Rio de Janeiro e Pernambuco sobre eventuais descumprimentos da decisão do STF.

Em relação ao trânsito em julgado, o relator aclarou que também nos casos de presas com condenação não definitiva deve ser justaposto o entendimento da Segunda Turma, garantindo-lhes a prisão domiciliar até o trânsito em julgado da condenação. Ele citou nesse sentido, decisão de sua relatoria no HC 152932¹⁷⁵.

A Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul relatou que, naquele estado, apenas 68 mulheres foram beneficiadas com o habeas corpus coletivo, sendo que existem 448 presas com filhos de até 12 anos de idade, segundo dados da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen). O apontamento é de que a pluralidade das negativas se deu com base na falta de comprovação da indispensabilidade da mulher para cuidar dos filhos.

Diante da decisão, o ministro invitou a Corregedoria do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que averigue a situação e preste informação detalhadas, em 15 dias, sobre o manifesto descumprimento da decisão do STF.

¹⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Lewandowski concede HC para presas com filhos que ainda não foram colocadas em prisão domiciliar**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393814> . Acesso em 13 de janeiro de 2018.

¹⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 143.641 São Paulo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisoHC143641.pdf> . Capturado em 13 de janeiro de 2019.

¹⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+152932%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y7askxh9> . Capturado em 25 de janeiro de 2019.

Nesse momento, oportunamente, interessante é tratar sobre a Lei nº 13.769/2018, que trouxe novas regras sobre prisão domiciliar e execução de pena envolvendo: gestante e/ou mulher que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Antes de explicar exatamente aquilo que mudou, é importante contextualizar o tema. A “prisão domiciliar” é prevista tanto no CPP, disciplinada nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal e no artigo 117 da Lei de Execuções Penais, tratando-se, contudo, de institutos diferentes, conforme se passa a demonstrar:

A Lei de Execução Penal, ao versar sobre a prisão domiciliar, alude à probabilidade de a pessoa já condenada cumprir a sua pena privativa de liberdade na própria residência. Trata-se, portanto, da execução penal (cumprimento da pena) na própria residência. O Código de Processo Penal, ao tratar da prisão domiciliar, está se referindo à possibilidade de o réu, em vez de ficar em prisão preventiva, permanecer recolhido em sua residência. Trata-se de uma medida cautelar por meio da qual o réu, em vez de ficar preso na unidade prisional, permanece recolhido em sua própria residência. Continua tendo natureza de prisão, mas uma prisão “em casa”.

Pensa-se que, em se tratando de prisão preventiva das gestantes ou das mães com filhos em primeira infância faz-se necessário se estabelecer políticas públicas específicas atendo-se a realidade emitida pelo relatório do Depen¹⁷⁶ e das Secretarias Estaduais, das comissões para atendimento dos direitos da mulher presa e egressa. A realização de audiência de custódia¹⁷⁷ em no máximo 24 horas após a prisão para, principalmente, pelo fato de verificar as condições do aprisionamento para as gestantes ou mães¹⁷⁸, é uma tática eficaz para se aferir a realidade específica de cada caso concreto.

Nos casos da necessidade do recém-nascido, ser abrigado, que seja então, após a separação da mãe, que seja garantida a oitiva materna e sua intimação pessoal da sentença e a regulamentação de visitas para garantir a convivência da criança com a mãe privada de

¹⁷⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. **Dar a luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. p. 80-83.

¹⁷⁷ As acepções básicas das audiências de custódia jazam na indigência de realização de um ato presencial de exposição a ser inserido no fluxo procedimental do auto de prisão em flagrante e seu esclarecimento. Para além de uma designação dos trâmites, com o alargamento de espaços de oralidade e possibilidades de máxima reverência formal ao contraditório e à ampla defesa. FERREIRA, Carolina Costa. DIVAN, Gabriel Antinolf. **As audiências de custódia no Brasil**: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/5116/3749>. Capturado em 15 de janeiro de 2019.

¹⁷⁸ O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução CNJ n. 213, que estabelece a apresentação a uma autoridade do Poder Judiciário, no prazo de 24 horas, de toda pessoa presa em flagrante delito. O procedimento está previsto em tratados internacionais que o Brasil assinou, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87448-tribunais-tem-60-dias-para-regularizar-audiencias-de-custodia>. Capturado em 15 de janeiro de 2019.

liberdade, após o afastamento. Pois a política de encarceramento deve ser repensada da forma que é feita, visando uma avaliação mais humana, com um reconhecimento da realidade pessoal de quem está no banco dos réus e os reflexos que isso trará em sua vida e, no atual caso, na vida de suas famílias.

É imperativo que se tente aplicar, continuamente medidas cautelares ou prisões domiciliares, tendo em vista que, a experiência da maternidade no cárcere causa grande sofrimento às presas: desde o momento da gravidez, passando pelo convívio com os filhos dentro da prisão, o momento da separação e, ainda, no difícil contato posterior à separação entre mãe detenta e filho/família, como apontam Larissa Pereira e Gustavo Ávila¹⁷⁹.

Na sequência, analisa-se o custo social da prisionização feminina bem como, posteriormente a aplicabilidade do Habeas Corpus Coletivo 143641 / SP, no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

3.2 Prisões cautelares: mães e filhos no cárcere

O conceito de prisão cautelar empregado no presente trabalho limita-se a substituição da prisão preventiva, àquelas modalidades em que o indivíduo é recluso em estabelecimento próprio, com fins de preservação do processo penal, ou seja, a prisão domiciliar.

Conforme redação do Código de Processo Penal seis são os tipos de prisões cautelares: em flagrante, temporária, preventiva, em decorrência de pronúncia, em consequência de sentença condenatória recorrível e a condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se resigne, injustificadamente, a apresentar-se em juízo ou na polícia. Para melhor aprofundamento do tema, faz-se uma análise específica da prisão preventiva.

Entende-se por prisão preventiva: o delimitado pela reforma do Código de Processo Penal, efetuada por meio da Lei nº 12.403 de 2011, cujo parágrafo 6º do artigo 282¹⁸⁰ expressa indubitavelmente que essa medida deve ser aplicada como *ultima ratio* na sistemática processual penal vigente¹⁸¹.

¹⁷⁹ PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Aprisionamento feminino e maternidade no cárcere** – uma análise da rotina institucional na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina36337.pdf>>. Acesso em: 7 de janeiro 2017. p. 17.

¹⁸⁰ Art. 282 (...) § 6º. A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, com fundamento no artigo 319 do Código de processo Penal

¹⁸¹ BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares: Projeto de lei nº 111/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal**: As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 454-455.

A concepção inicial é de que a prisão preventiva no Brasil é instrumento processual, ou seja, medida de natureza cautelar decretada por Juízo competente, quando presente os regulamentos estabelecidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal. Os requisitos como: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, existindo a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria estabelecem critérios legais para que seja decretada essa espécie de prisão antes da sentença penal condenatória.

Salienta-se, portanto, o caráter de *ultima ratio*¹⁸² da prisão antes de condenação transitada em julgado, nos termos da norma contida no § 6º, do artigo 282 do Código de Processo Penal reformado¹⁸³. A prisão processual, então, em conformidade com a garantia da presunção de inocência, deve ser decretada somente nos casos em que as outras medidas cautelares pessoais se mostrarem insuficientes e se o caso concreto se subsumir a pressuposição abstrata legal para tanto. Como salientado por Magalhães Gomes Filho, a privação completa do direito à liberdade passa a ser providência de *extrema ratio*, que somente se justificará quando não for cabível restrição menos gravosa¹⁸⁴.

Ausentes os parâmetros legais que autorizam a prisão preventiva, não pode ser utilizada como antecipação do cumprimento de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é o da culpabilidade, mas de periculosidade. Esses critérios estabelecem um caminho importante no sentido de concretizar, um alicerce na garantia da presunção de inocência, a regra fundamental de que o indivíduo submetido às agruras do

¹⁸² Maier assevera sobre a importância do direito penal, alertando sobre o abandono do caráter subsidiário do direito penal, nomeando essa fato como um fenômeno que, como preferiu chamar de "inflação" também designado as suas consequências, especialmente como um determinante no direito penal e nas práticas judiciais no processual pena. (tradução livre). "Ferrajoli, yo ya He advertido acerca Del abandono Del carácter subsidiario Del Derecho penal, fenómeno que, com El, He preferido llamar de modo afirmativo "inflación"- por sus virtudes definitorias, Al menos em nuestro país y para quienes integran mi generación- y señalado también sus consecuencias, especialmente como determinante directo del Derecho penal y fde La práctica judicial em matéria processual penal". Cfr. Ferrajoli (cit. Nota AL pie n.º 14); Maier, Julio B.J., Ist das Strafverfahren noch praktikabel? (em castellano, com la tradición de Gabriela Córdoba. Es posible todavía la realización del proceso penal em El marco de um Estado de Derecho?, em AA.VV., Nuevas formulaciones em las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Marcos Lerner/Lanlectura, Córdoba [R.A.], 2001), em Krise des Strafrechts und der kriminalwissenschaften cit., II, PP. 246 y SS. Para Cancio Meliá, Manuel (cit nota al pie n.º 1), esta característica casi basta para definir la situación ultrasintéticamente y El cita em la nota al pie n.º 2, pp. 62 y s., uma extensa bibliografía que gira alrededor de ella y que conviene consultar. MAIER, Julio B.J. **La esquizofrenia del Derecho Penal**. In: Contornos y Pliegues del Derecho: Homenaje a Roberto Bergalli. Ciencias Sociales. Ináki Rivera, Héctor C. Silveira, Encarna Bodelón, Amadeu Recasens (Coords.). Anthropos. Editorial; Barcelona, 2006.p.300.

¹⁸³ A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar com fundamento no artigo 319 no Código de Processo Penal.

¹⁸⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas cautelares e princípios constitucionais**: Comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011, p. 39.

processo penal deve conservar-se em liberdade enquanto não houver contra si uma sentença condenatória definitiva.

Com a introdução do artigo 282 no Código de Processo Penal, procurou o legislador de 2011 implementar o princípio da proporcionalidade como bússola das medidas cautelares pessoais e introduziu expressamente em seu texto os subprincípios da necessidade, inciso I, e posteriormente da adequação, inciso II.

Uma medida que reduz a aplicação de um direito fundamental somente é adequada se tiver um fim constitucionalmente legítimo, para que o meio empregado seja idôneo à efetivação de outro direito fundamental, em aparente colisão com aquele primeiro¹⁸⁵, seguindo essa linha de raciocínio, o ideal seria que ao contrário da ordem sugerida pelo artigo mencionado, qual seja: necessidade e adequação, a apreciação da proporcionalidade de qualquer medida restritiva de direitos fundamentais é deve ser realizada inicialmente a partir do exame da adequação.

O que parece ocorrer é apenas a aferição se de fato a medida é ou não adequada, sem ponderar a lesão ao grau de restrição àquele direito fundamental maculado. Penso que o juízo da necessidade deve ser efetivado tão somente após o da adequação, pois apenas uma medida considerada adequada deverá ser submetida ao crivo da necessidade. Esse método empregado pode ser compreendido como aplicação do princípio da intervenção mínima.

Uma medida é cogente quando não há outra escolha que realize o fim pretendido com a mesma eficiência e que restrinja o direito afetado com mínima intensidade, pois se trata de um exame comparativo¹⁸⁶. Dentre aquelas medidas consideradas idôneas, somente será considerada necessária àquela que aluda menor restrição ao direito fundamental tutelado no caso em questão¹⁸⁷. No momento em que o legislador recomenda ao aplicador do direito que atente para as circunstâncias particulares do caso concreto, determina aplicação gradual das medidas cautelares, inflige uma apreciação de comparação entre as medidas adequadas para que seja aplicada aquela menos gravosa ao direito de liberdade¹⁸⁸.

¹⁸⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011. p. 169-170. Nesse mesmo entendimento, MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, p. 323.

¹⁸⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia, p. 171.

¹⁸⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial, p. 326.

¹⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**, p. 716.

O artigo 282 do Código de Processo Penal, nas lições de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró¹⁸⁹ não ignora a exigência de que também seja aplicado às medidas cautelares pessoais, ante o seu caráter instrumental, acessório e provisório.

Nesse sentido há o requisito de que também seja justaposto às medidas cautelares pessoais, tendo em vista o seu caráter instrumental, acessório e provisório. Uma estratégia, de aferição seria no momento da decretação de uma medida cautelar pessoal, especialmente a prisão preventiva, deve o juiz sopesar como variável a imposição de uma pena privativa de liberdade em sentença condenatória. Se verificado na sua apreciação prévia, a constatação da possibilidade de uma pena de multa ou restritiva de direitos ao fim do processo, ou ainda a substituição da pena privativa de liberdade, a cominação da prisão preventiva será desproporcional na decorrência da persecução penal¹⁹⁰.

Isto posto, o que se visualiza no cenário forense nacional é a massificação das prisões cautelares, no mais das vezes adotadas como medidas de urgência para acalmar a opinião pública com a ilusão de justiça imediata, ainda que o parágrafo 6º, do artigo 282 do Código de Processo Penal determine expressamente que a prisão preventiva somente seja decretada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar.

Esse fato pode ser observado por meio de dados estáticos. No Brasil, dentre o total de mulheres encarceradas 45,39% estão presas sem condenação¹⁹¹, ou seja, vivemos em um país onde se pune sem ao menos a constatação, pelo Estado, de que houve o cometimento do delito.

Uma vez introduzidas às bases fundamentais das prisões cautelares no processo penal pátrio, procede-se a aferição do custo social da maternidade no cárcere, a partir da análise de dados estatísticos e dos reflexos do cárcere para a criança em seu primeiro estágio de vida.

3.3 Custos sociais da maternidade no cárcere

Como consequência, necessário se faz tratar as categorias de mãe e criminosa como recorte do gênero feminino com foco na maternidade encarcerada. Essa perspectiva permitirá

¹⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**, p. 716.

¹⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: LIMA, Marcellus Polastri; RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coords.). **Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 171-172. Nesse mesmo sentido, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**, p. 72; SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**, p. 653-654; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão cautelar e outras medidas cautelares pessoais**, p. 53.

¹⁹¹ Levantamento do Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://www.conectas.org/noticias/brasil-e-o-4o-pais-com-mais-mulheres-presas-no-mundo>>. Acesso em 28 maio 2018.

por meio de dados estatísticos, a visualização do alcance do custo social da maternidade no cárcere.

Inicialmente há dificuldades metodológicas de aferição dos prós e contras para a situação de mães e seus filhos no cárcere. Todavia, é possível sopesar os prós e contras, de modo a se alcançar o menos danoso ou a via mais benéfica para a sociedade.

Ana Gabriela Mendes Braga¹⁹² assevera que a prisionização causa a desorganização da personalidade: exaustão psíquica (dada à reserva dos horizontes) e regressão. Ao adentrar o cárcere, o indivíduo é subitamente “desumanizado” e “desindividualizado”: suas roupas, seus pertences, seus hábitos, tudo é recolhido em nome da preservação da segurança prisional.

O indivíduo submerge seu referencial pessoal para pertencer a uma nova “camada” de excluídos: os encarcerados. Em se versando de indivíduo do sexo feminino, esse processo é ainda mais devastador, pois, ao ingressar no sistema, a mulher perde vários referenciais, em um processo de “exclusão” simultânea não é mais mãe, nem filha, nem feminina¹⁹³.

Em se tratando do custo social da prisão feminina, há uma realidade de mulheres chefes de famílias monoparentais femininas que estão atrás das grades, tendo em vista o fato de que, as somas entre todas as demandas familiares e domésticas a ela recaem e o montante de recursos financeiros ou de serviços disponíveis gera um valor negativo que leva suas famílias, principalmente filhos e filhas, a condições de vulnerabilidade social¹⁹⁴.

Diante disso, os dados estatísticos revelam a realidade das mulheres presas, bem como uma realidade durante a persecução criminal e no decorrer do cumprimento da sentença. Quando as mulheres são enquadradas na persecução penal, encontram um sistema judiciário que não dá crédito aos seus depoimentos, e que quando atribuem penas ou medidas cautelares,

¹⁹² BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **A identidade do preso e as leis do cárcere**. São Paulo, 2008. 215f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: file:///C:/Users/casa/Downloads/dissertacao_agabriela_completa.pdf

¹⁹³ Sobre essa perspectiva, válidos são os ensinamentos de Sposato: “Antecedentes mais remotos, mas de contundente importância histórica evidenciam que a história da criminalização das mulheres é evidentemente a história do exercício do poder fundado em um direito cujas bases são inegavelmente patriarcais e machistas”. É interessante realizar uma reflexão acerca do tratamento despendido pelo sistema penal às mulheres e se estas recebem um tratamento diferenciado para pior, justamente como forma de reforçar em conjunto com outras discriminações e desigualdades a identidade que a sociedade espera da mulher SPOSATO, Karyna Batista. Mulher e cárcere, uma perspectiva criminológica. In Mulher e direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 254.

¹⁹⁴ Silva, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina**. Disponível em: [file:///C:/Users/casa/Downloads/encarceramento%20e%20monoparentalidade%20feminina%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/casa/Downloads/encarceramento%20e%20monoparentalidade%20feminina%20(1).pdf) Capturado em 13 de julho de 2018.

negligenciam suas condições particulares como mulheres, em inobservância a recomendações de âmbito internacional¹⁹⁵.

Para complementar esta ideia, importante mencionar o relatório World Female Imprisonment List. Em lista divulgada em novembro de 2017 pelo Institute for Criminal Policy Research da Birkbeck, University of London, revelou-se que existem mais de 714 mil mulheres e meninas sem liberdade ao redor do mundo¹⁹⁶. Válida é a análise dos resultados dessa importante pesquisa, que demonstra que a população prisional feminina tem crescido desde o ano de 2000, mais que os níveis de população carcerária masculina, em valor proporcional, com o número de mulheres e meninas na prisão, aumentando em mais de 50%, enquanto a população masculina aumentou em torno de 20%:

The analysis indicates that female prison population levels have grown much faster than male prison population levels since around the year 2000, with the number of women and girls in prison increasing by more than 50% while the male population has increased by around 20%.¹⁹⁷¹⁹⁸

Já o levantamento nacional, que compila as informações penitenciárias a partir do recorte de gênero, aponta que, em junho de 2016, estavam presas 42.355 mulheres, superando a Tailândia (41.119) e ficando atrás somente dos Estados Unidos (211.870), China (107.131) e Rússia (48.478).¹⁹⁹ É sabido ainda que as estatísticas apontam crescimento da população carcerária feminina em aumento de 455%, chegando a 42.355 mulheres, em junho de 2016²⁰⁰.

Esses números demonstram que, durante esse período, foi adotada, de maneira global, uma política de encarceramento rigorosa em desfavor das mulheres sem qualquer atenção à sua vulnerabilidade. Não se argumenta a favor da impunidade contra agentes ativos de atos ilícitos, ainda que se trate de mulheres. Porém, defende-se, aqui, a promoção de respeito aos direitos e garantias das mulheres presas, em especial as grávidas e com filhos até 12 anos ou com deficiência, a fim de atingir a igualdade com outras pessoas que se encontram em situação semelhante, conforme discutido anteriormente.

¹⁹⁵ (UN Women, 2014, p. 34-35). WORLD PRISION BRIEF. **World Female Imprisonment List (fourth edition)**. 2017. Disponível em: < <http://prisonstudies.org/news/world-female-imprisonment-list-fourth-edition> >. Acesso em 15 jul 2018.

¹⁹⁶ WORLD PRISION BRIEF. **World Female Imprisonment List (fourth edition)**. 2017. Disponível em: < <http://prisonstudies.org/news/world-female-imprisonment-list-fourth-edition> >. Acesso em 15 julho de 2018.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ Tradução livre: A análise indica que os níveis da população prisional feminina cresceram muito mais rapidamente do que os níveis da população prisional desde o ano 2000, com o número de mulheres e meninas na prisão aumentando em mais de 50% enquanto a população masculina aumentou cerca de 20%.

¹⁹⁹ Idem

²⁰⁰ BRASIL. **Infopen Mulheres**. 2018. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf >. Acesso em 10 maio 2018.

Sposato, assevera essa necessidade diferenciada de gênero, especificamente a respeito das mulheres no cárcere alerta que o do texto constitucional, no que tange ao convívio com os filhos, as regras mínimas das Nações Unidas para mulheres privadas de liberdade aconselham que os estabelecimentos prisionais precisam ter instalações adaptadas para que as mães possam permanecer com seus bebês, conforme também prescrito na legislação²⁰¹.

Em ato contínuo a essa reflexão, contata-se que as mulheres quando são enquadradas na persecução penal, se deparam um sistema judiciário que não dá credibilidade aos seus depoimentos, e quando conferem penas ou medidas cautelares, negligenciam, cada vez mais, suas condições particulares como mulheres²⁰².

No ano de 2016, foi demonstrada através de relatório do DEPEN, que durante esse período, foi adotado no Brasil uma política de encarceramento²⁰³. Esses dados internos expressam uma realidade não só interna, mas global, com fundamento no World Female Imprisonment List (fourth edition), citada anteriormente. Ou seja, pode-se constatar uma política global de encarceramento que privilegiou a privação da liberdade das mulheres.

As graves violações dos direitos das mulheres presas e de seus filhos nascidos no cárcere têm auferido destaque pelo considerável crescimento do número de detentas no sistema prisional brasileiro, bem como em razão de recomendações internacionais sobre direitos humanos das mulheres, das crianças e sobre direitos reprodutivos.

Nessa linha de raciocínio o conceito de interseccionalidade, a partir dos estudos de Kimberlé Crenshaw²⁰⁴, é uma ferramenta de análise para destacar os entrecruzamentos de sistemas discriminatórios, e o reflexo dessa problemática frente às questões de gênero no cárcere.

Dados preliminares indicam que a criminologia feminista tem contribuído para a compreensão acerca das questões de gênero na prisão, e que os estudos das interseccionalidades são de suma importância para a elaboração de políticas públicas voltadas

²⁰¹ Entretanto, na execução da pena, a falta de creches, de berçários e locais adequados a convivência familiar, viola e restringe tal direito. Há ainda o fato a ser ponderado que as mães que vivem no cárcere mantêm seus filhos presos junto com elas e aqueles que não estão com as suas mães são privados desta convivência, estabelecimento e manutenção de laços afetivos. SPOSATO, Karyna Batista. Mulher e cárcere – uma perspectiva criminológica. In Mulher e direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p.261.

²⁰² UN WOMEN,. 2014, p. 34-35Disponível em: <http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2015/6/annual-report-2014-2015>.Capturado em 25 de janeiro de 2019, .

²⁰³ Como dito em momento anterior, as estatísticas apontam crescimento da população carcerária feminina em aumento de 455%, chegando a 42.355 mulheres, em junho de 2016. BRASIL. **Infopen Mulheres**. 2018. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 10 maio 2018.

²⁰⁴ CRENSHAW, kimberl. **University of California em Los Angeles Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf> . Capturada em 13 de novembro de 2018.

a mitigar as vulnerabilidades agravadas. Kimberlé Crenshaw²⁰⁵ incorporou o conceito de discriminação interseccional aos estudos jurídicos, ao discorrer sobre a situação das mulheres negras.

Kimberlé Crenshaw²⁰⁶ adverte que há intersecções ou entrecruzamento de vulnerabilidades. Ou seja, no universo existe uma vulnerabilidade de gênero da mulher em relação ao homem. Em contrapartida, no conjunto de nuances do feminino existe um grupo que intersecciona e tocam em mais de um aspecto de indefensabilidade e por consequência as vulnerabilidades sobrepõem. Nesse ultimo caso, as vulnerabilidades em relação ao seu gênero e seu tom de pele, e seu encarceramento se superpõem essa descrição é o caso da mulher negra detida que está grávida ou é mãe de crianças.

Assim como se tratava de discriminações por pretexto de tom de pele, abalizando para a precisão da investida interseccional, portanto leciona Crenshaw²⁰⁷ sobre o conceito de interseccionalidade percebido como:

[...] uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela [interseccionalidade] trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras (Crenshaw, 2002, p. 177; tradução da autora).

Um dado empírico, que revela essa verificação aferida por Crenshaw, reside no fato de que entre a população maior de 18 anos, existem aproximadamente 40 mulheres brancas coibidas de liberdade para cada grupo de 100 mil mulheres brancas, e existem 62 mulheres negras na mesma situação para cada grupo de 100 mil mulheres negras, o que expressa à disparidade entre os padrões de encarceramento de mulheres negras e brancas no Brasil²⁰⁸.

Nessa perspectiva, é inegável o fato de que há necessidade de proposições urgentes de mudanças políticas, sociais e penitenciárias necessárias sejam adequadas para atender às necessidades específicas das mulheres presas e dos seus filhos. Sabendo dessa realidade,

²⁰⁵ CRENSHAW, kimberl. **University of California em Los Angeles Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf> . Capturada em 13 de novembro de 2018.

²⁰⁶ CRENSHAW, Kimberlè **Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics.**1989. Disponível em: < <http://politicalscience.tamu.edu/documents/faculty/Crenshaw-Demarginalizing.pdf> >. Acesso em: 19 dezembro de 2018. p. 65.

²⁰⁷ CRENSHAW, Kimberlè Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero”. **Revista de Estudos Feministas**, v. 7, n. 12, 2002. p. 171.

²⁰⁸ BRASIL. DEPEN, 2018. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Infopen mulheres. 2ª edição Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf> Capturado em 24 de dezembro de 2018.

órgãos internacionais fazem recomendações na tentativa de atenuarem essa realidade, a exemplo das Regras de Bangkok²⁰⁹.

A conjuntura brasileira desponta fragilidades das políticas criminais e sociais no que dizer respeito à redução das desigualdades e ao fortalecimento da cidadania dessas mulheres e suas famílias. As sanções legais aplicadas nos processos criminais não têm beneficiado a reconstrução de projetos de vida, a reinserção social, a redução das desigualdades²¹⁰, ou mesmo a preservação da saúde de mulheres e crianças, como previsto na Lei Nacional de Execução Penal (LEP)²¹¹. Em outras palavras, o encarceramento tem representado um processo de exclusão, discriminação e estigmatização de parcela menos favorecida da população, com repercussões negativas em longo prazo e muitas vezes irreversíveis para essas mulheres, seus companheiros e filhos.

Despertar em relação à temática do encarceramento feminino, conduz a pesquisas estatísticas das cifras do sistema prisional. Pesquisar o sistema de justiça criminal, pensar em elaboração de políticas públicas, a polícia, a justiça e a prisão, é enfrentar questões de gênero, raça e pobreza. Uma análise sobre as estatísticas da população prisional demonstra a realidade de quem está presa no Brasil: a população pobre e negra, com um crescente aumento da representatividade das mulheres nesse universo conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)²¹².

A investigação do Ministério da Saúde, de 1999, demonstra que as mães brasileiras amamentam seus filhos exclusivamente com leite do peito por apenas 33,7 dias, em média. A região Sul tem o maior índice (53,1 dias), seguida do Nordeste (38,2 dias). As capitais da região Sudeste têm o pior índice, 17,2 dias. A recomendação é que os bebês sejam amamentados exclusivamente no peito durante seus primeiros 180 dias de vida, ou seja, nos primeiros seis meses. Esse fato nos faz refletir e chegar à conclusão que mãe e filho possuem necessidades fisiológicas de convivência. O leite materno é imprescindível à criança, que não

²⁰⁹ Regras de Bangkok Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>. Capturada em 25 de janeiro de 2019.

²¹⁰ KAHN, T. **Sistema prisional brasileiro**: Algumas considerações internacionais e perspectivas para os próximos anos. Revista do Ilanud, 1997, p. 3 e 43-50.

²¹¹ BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm >. Acesso em 15 jul de 2018.

²¹² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações penitenciárias**. INFOPEN, mulheres. 2. ed. Disponível em < http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf >. Acesso em 16 maio 2018.

precisa de qualquer outro alimento, nem mesmo de água, a não ser em casos excepcionais, por recomendação médica²¹³.

Como se percebe, há um custo social na prisionização feminina, que traz um efeito grande sobre a família dessas mulheres, diferente da prisão do homem, pois nesse caso a mulher continua a cuidar da organização familiar. No caso da mulher as crianças são obrigadas a muitas vezes mudar totalmente sua rotina, essas são uma das questões que desenvolvem no decorrer deste estudo.

Em relação à natureza da prisão e tipo de regime, 45.39% encontram-se sem condenação, as sentenciadas em regime fechado corresponde a 31.96%, sentenciadas em regime semiaberto representam 15.60%, sentenciadas em regime aberto são 6,50%; as que cumprem medida de segurança em Internação 0,43%, e as que cumprem medida de segurança sob tratamento ambulatorial formam o valor de 0,11%.²¹⁴.

Esses números alertam um maior índice de mulher em situação de prisão cautelar em relação à prisão de condenadas. Nesse aspecto válido salientar que o encarceramento provisório de mulheres no Brasil, demonstra trágicas consequências, além do fato que se evidencia forte seletividade²¹⁵, pois traduzem fatores comuns como: mulheres com baixa escolaridade originam-se de extratos sociais economicamente desamparados e, antes da prisão, exerciam atividades de trabalho no mercado informal²¹⁶.

O levantamento do INFOPEN, nesse caso, apenas 3% das unidades prisionais do país declararam contar com espaço de creche, somando uma capacidade total para receber até 72 crianças acima de 2. Aponta o relatório que 84% das unidades não possui cela/dormitório para gestantes. Os dados mostram que 74% das mulheres privadas de liberdade têm filhos. A

²¹³ BRASIL. **Situação da infância brasileira**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/pt/SIB1.pdf>>. Acesso em 11 julho de 2018.

²¹⁴ BRASIL. **Situação da infância brasileira**. Disponível em:< <https://www.unicef.org/brazil/pt/SIB1.pdf>>. Acesso em 11 jul 2018.

²¹⁵ Maier assevera que com a circunstância agravante que, através da administração da justiça, não só confirmou, mas consolidou os tipos a capturarem os peixes pequenos, fracos e, portanto, vulneráveis, e por conseguintes esses, caem na rede - até mesmo na área da tipificada como 'novo' de bens jurídicos-; o que vem ocorrendo na "real pesca" e o "escape, do peixe grande e gordo, com a fuga por muitas razões que exceder esta exposição e ao meu conhecimento. Com el agravante de que, a través de la administración de justicia, no solo confirma, sino peces chicos(pequeños), débiles y, portanto vulnerables, caen en la red - aun en la zona de los presuntos"nuevos" bienes jurídicos-; a contrario de lo que sucede em la pesca real, los grandes y gordos se escapan por múltiples razones que exceden a esta exposición y a mis conocimientos. Cfr. Hassemer, Winfried(cit nota nº 24), p. 32; también Zffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro;Slokar, Alejandro, Derecho penal. Parte Geral.[Dp. Pg.], Ed. Ediar, Buenos Aires,2000, II y SS., pp 7 yss. MAIER, Julio B.J. **La esquizofrenia del Derecho Penal**. In:Contornos y Pliegues del Derecho: Homenaje a Roberto Bergalli.Ciencias Sociales. Ináki Rivera, Héctor C. Silveira, Encarna Bodelón, Amadeu Recasens (Coords.). Anthropos. Editorial; Barcelona,2006.p. 301.

²¹⁶ BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres** Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Capturado em 25 de novembro de 2018.

respeito desses filhos em companhias de suas mães no cárcere, esse mesmo relatório aponta 242 crianças na faixa de 0 a 6 meses, e crianças com mais de 6 meses até 1 ano representando um total de 71 crianças, mais de um ano até dois anos 71 uma crianças, com mais de 2 até 3 anos, 85 crianças, e com mais de 3 anos 642, somando um total de 1.111 crianças encarceradas por consequência de mães suas estarem detidas²¹⁷.

Maternidade e prisão, como se problematiza, trazem consigo as preleções e as práticas de reconhecimento de direitos e especificidades de gêneros. Em que pesem as desigualdades persistentes na sociedade quanto à distribuição da responsabilidade sobre a execução do trabalho de cuidados, domésticos e especialmente com os filhos, entre homens e mulheres, que podem influenciar a declaração sobre filhos junto aos cadastros sociodemográficos, é preciso aprofundar a análise sugerida pelos dados do Infopen.²¹⁸ O modelo de justiça é atravessado por marcadores de gênero, e o exercício dos direitos individuais ocorre nesse mesmo cenário. Ainda quando o pleito de reconhecimento de direito das mulheres é atendido, o acesso à justiça segue seletivo e cruel.

Em 2016, 62% dos crimes cometidos por mulheres relacionavam-se ao comércio ilegal de drogas. Em dez anos de vigência da lei, o número de mulheres presas cresceu 145%. No mesmo período, o número de detentas que respondem por crimes relacionados a drogas aumentou 207%, chegando a quase 18 mil mulheres (62%), o que significa dizer 3 em cada 5²¹⁹.

A ONU sobre a perspectiva de gênero das Mulheres a respeito o impacto das políticas sobre o uso de drogas, o comércio de drogas e os regimes de controle de drogas em gênero²²⁰, de 2014, ajuíza que o envolvimento das mulheres no uso e tráfico de substâncias ilícitas elucubra o déficit de oportunidades econômicas e status político. Isto porque, ao se engajarem em atividades criminosas, são relegadas às mesmas posições vulneráveis que assoalharam o caminho deste envolvimento.

Conforme Sposato²²¹, a verificação de âmagos familiares empobrecidos, em que a mulher seja a principal provedora do lar aliada àquela que entende a prisão como um mal não só ao delinquente, mas a toda a sociedade na proporção em que a exclusão e a

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ BRASIL, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres** Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Capturado em 25 de janeiro de 2019.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ Em inglês, o relatório é intitulado de UN Women: A Gender Perspective on the Impact of Drug Use, the Drug Trade, and Drug Control Regimes' Policy Brief on Gender and Drugs.

²²¹ SPOSATO, Karyna Batista. **Mulher e direito penal: Mulher e cárcere uma perspectiva criminológica**. Coordenadores Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.

institucionalização causam efeitos e perdas sociais muitas vezes catastróficas, demonstra a necessidade de adicionar uma nova variável nas pesquisas clássicas da criminologia o binômio criminalização e gênero, o que possibilita uma perspectiva sobre as consequências específicas que se determinam quando o sujeito criminalizado é uma mulher.

A respeito do custo social da prisionização feminina, em se tratando de famílias monoparentais, a reclusão de uma mulher chefe de família monoparental pleiteia o protagonismo de outra figura que possa passar a representar o eixo emocional, econômico, social e educacional para os demais integrantes da família, promovendo malefícios ainda maiores²²².

A seguir, serão analisados os efeitos do Habeas Corpus Coletivo no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Importante nesse momento saber como a realidade local, está aplicando essa emblemática decisão, para assim analisar com mais elementos a eficácia e os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal.

3.4 Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe: maternidade, prisão preventiva e prisão domiciliar

Como já explicitado na primeira parte desta dissertação, o princípio do melhor interesse da criança surgiu com a implementação da doutrina da proteção integral, fundamental referência para a consolidação dos direitos das crianças e adolescentes.

Nessa linha de raciocínio, muito se tem arrazoadado sobre a necessidade de garantir o melhor interesse da população infanto-juvenil em situações que restringem a convivência familiar, social e comunitária que elas estejam envolvidas. Não obstante, tem-se percebido que tal princípio é detentor de uma forte dose de abstração, pois o poder de discricionariedade do Judiciário é grande quando existem interesses de crianças e adolescentes envolvidos.

Nesses casos, incumbe ao magistrado analisar o caso concreto detalhadamente, pois será diante das suas particularidades que se poderá atingir o que é melhor para cada infante.

Por analisar os princípios como forma de normas finalísticas²²³, Ávila aconselha a utilização de determinadas diretrizes para a sua apreciação, quais sejam: i) concretização do

²²² SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/casa/Downloads/encarceramento%20e%20monoparentalidade%20feminina.pdf>. Acesso em 11 jul 2018.

²²³ “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13 ed. São Paulo: Malheiros. 2012.p.85.

maior detalhamento do seu objetivo; ii) investigação nos Tribunais Superiores de casos que se enquadrem de modelo para a compreensão da postura aspirada com sua efetiva aplicação; iii) aparelhamento de conjuntos de casos abalizados no mesmo problema, os quais serão identificados por seus assuntos nucleares; iv) assimilação dos requisitos essenciais para a construção de uma situação exemplar, por meio da apuração de suas variantes, bem como das procedimentos indispensáveis para a sua concretização; v) apurar a ocorrência de casos sobre os quais o princípio deveria incidir, servindo como fundamento para a sua decisão.

A análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, portanto é o meio concreto de aferir a aplicação do princípio da convivência familiar e comunitária, ante a consonância ao Habeas Corpus Coletivo²²⁴ 143.641 do STF. Averiguar o alcance dessa decisão no Estado de Sergipe é estimar a possibilidade fática de aplicação do princípio do melhor interesse, em detrimento ao direito de punir do Estado, ou seja, será possibilita visualizar a aplicação do direito na realidade do Estado se Sergipe²²⁵.

Nesse contexto, Garapon (1997) adverte que não é a inexistência de normas, contudo é a construção de um direito assaz abstrato e ideal que suscita uma anormalidade em sua efetivação no campo prático, visto que se torna algo inaplicável, sendo a causa para o distanciamento do que é previsto nos livros e até mesmo nas normas para o que é vivenciado nos tribunais.

²²⁴ Sarmento ensina que é inegável, que a defesa coletiva da liberdade de ir e vir, por meio da impetração de habeas corpus coletivo, se insere na tendência contemporânea de coletivização da tutela de direitos, não havendo qualquer atributo no referido writ que desautorize essa conclusão. Pelo contrário, a específica desproteção de grupos vulneráveis em matéria penal e a fundamentalidade do direito ao status libertatis apontam para a seriedade do reconhecimento do habeas corpus coletivo. O cabimento da via multitudinária do habeas corpus transcorre, ainda, da própria maleabilidade deste remédio processual, abonada pela sua ambição protetiva. SARMENTO, Daniel. GOMES, BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Disponível em: http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf. Capturado em 28 de janeiro de 2018.

²²⁵ Pode-se nesse momento, trazer a baila a necessidade de se alçar o máximo possível de pessoas que possuam direitos fundamentais lesionados e assim, de forma coletiva possa ser atendidas as demandas. Sarmento assevera a importância do reconhecimento de diversificação de métodos de resolução e concretização sobre tudo de direitos fundamentais, em que na sociedade, os métodos tradicionais de solução de controvérsias, que preveem o ajuizamento de tantas ações quantas forem às pretensões, também podem deixar a apetrecedor em relação à proteção de direitos subjetivos individuais. Diante do aumento populacional e da progressiva complexificação das relações sociais, é banal que um mesmo ato ou evento maléfico repercuta na esfera jurídica de grande número de pessoas, originando múltiplas violações de direito similares. Não é de se surpreender, portanto, que dentre as iniciativas estatais direcionadas a equacionar da melhor forma as necessidades da sociedade contemporânea encontrem-se esforços orientados a dar respostas supraindividuais a desafios massificados. Aqui também repousa mais um argumento da necessidade de aferição do Habeas Corpus Coletivo 143.641 no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. SARMENTO, Daniel. GOMES, BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Disponível em: http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf. Capturado em 28 de janeiro de 2018.

Interessante é uma apreciação comparativa dos julgamentos dos Habeas Corpus cuja matéria relaciona-se a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, tendo em vista que o artigo 318 do Código de Processo Penal sofreu alterações significativas, como já trabalhadas. O estudo dessa repercussão, nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, será diagnosticado de forma empírica.

A metodologia de pesquisa adotada²²⁶ partiu da busca na plataforma do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por análise jurisprudencial, na classe judicial Habeas Corpus Criminal, pelo termo: “prisão domiciliar filhos”, no período correspondente entre 4 de maio de 2011 a 08 janeiro 2019.

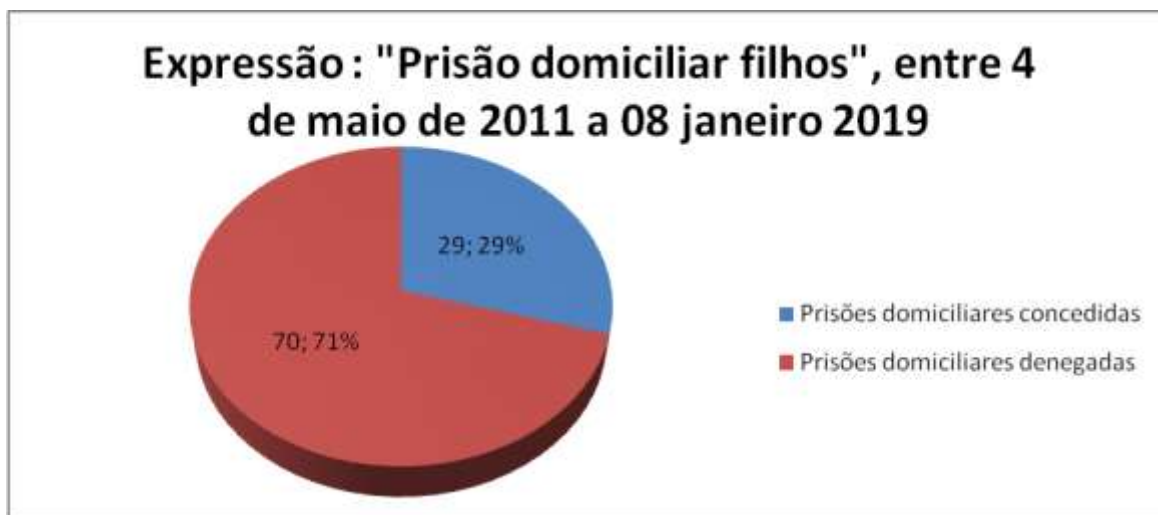
Válido salientar, que o critério de escolha temporal foi dado pelo fato da publicação da Lei nº 12.403, ocorreu justamente em 4 de maio de 2011²²⁷, posto que, esse regramento disciplinou a prisão domiciliar, dando continuidade às reformas legislativas no ordenamento jurídico-processual penal brasileiro.

O marco temporal final deu-se em virtude da última alteração possível de ser realizada nesta investigação, ou seja, 8 de janeiro de 2019. Como resultado, tem-se um total de 99 casos que registram a impetração de pedidos de prisão domiciliar de mulheres mães encarceradas preventivamente. Dentre esse montante, 29 casos resultaram na concessão da ordem em prisão domiciliar, em contrapartida aos 70 casos nos quais se manteve a prisão preventiva. Para melhor visualização, observa-se a seguir:

Gráfico 1 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: “Prisão domiciliar filhos”, entre 4 de maio de 2011 a 08 janeiro 2019

²²⁶ Conveniente são as considerações de Gody sobre pesquisa qualitativa, em que revela que O estudo de caso tem se tornado a estratégia preferida quando os pesquisadores procuram responder às questões "como" e "por quê" certos fenômenos ocorrem, quando há pouca possibilidade de controle sobre os eventos estudados e quando o foco de interesse é sobre fenômenos atuais, que só poderão ser analisados dentro de algum contexto de vida real. GODOY, Arilda Schmidt. **Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades**. RAE - Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 35, n. 2, p. 57-63, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae/v35n3/a04v35n3>. capturado em 28 de Janeiro de 2019

²²⁷ A Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011 altera dispositivos do decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - código de processo penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. A questão que concerne ao foco da pesquisa diz respeito sobre tudo, ao artigo 318, que trata da prisão domiciliar.



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

A importância desse diagnóstico reside no fato de que a Lei 12.403 de 2011 adota a possibilidade de medida cautelar diversa da prisão preventiva. Especificamente o inciso III, recomenda que ao agente que for imprescindível aos cuidados especiais de pessoas menores de 6 anos de idade ou com deficiência mental, poderá ser concedida o cumprimento do benefício da prisão domiciliar. Aqui já se encontra a preocupação do legislador com o melhor interesse da criança e do adolescente. Dessa forma, constata-se a necessidade de um maior detalhamento desse lapso temporal, em virtude de uma apreciação mais clara dos resultados e influências da modificação legislativa no caso concreto.

Diante dos resultados iniciais, pode-se pensar que as reformas referentes ao Código de Processo Penal, sobretudo a advinda com a lei 12.403 de 2011, especificamente quanto ao caso da conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, surge com a perspicaz intenção de avigorar cada vez mais o respeito ao Princípio da Supremacia da Constituição, e não apenas respeitá-lo, mas tornar factíveis seus postulados democráticos concretizados em princípios, normas, garantias e direitos fundamentais. Todavia, como se verá adiante, por mais que se institua como uma nova figura legal, a nova Lei ainda apresenta fragilidades e vícios.

Por esse ângulo, quanto à interpretação da Lei 12.403 de 2011, verificou-se um percentual de 29,9%, de prisão domiciliar em contrapartida a 70,71% de manutenção de prisões preventivas, o que demonstra mais encarceramento institucional que resguardo domiciliar, pois em um universo de 99 casos, 29 foram de concessão de prisão domiciliar em detrimento da prisão preventiva, e 70 casos pela manutenção da restrição de liberdade na

instituição total. Em meio a esta celeuma, impossível deixar de mencionar as palavras de Raúl Zaffaroni²²⁸:

Na América Latina opera-se com uma generalizada medida de segurança por periculosidade presumida (sob a forma de prisão preventiva perversa) e só excepcionalmente com penas. Com isso, toda proposta de destinar penas ou medidas de mera contenção para os inimigos perde muito de seu sentido, uma vez que estão empregadas desde o começo mesmo do processo de criminalização secundária e indiscriminadamente. É preciso entender que na América Latina quase todos os prisioneiros são tratados como inimigos no exercício real do poder punitivo.

Observa-se nos casos analisados em questão, banalização do instituto das Prisões Cautelares do Direito Processual Penal. Outro fator depreendido é o dever da obrigação de proporcionalidade entre a prisão preventiva, como modalidade de prisão cautelar, e a pena que provavelmente seria aplicada ao final do processo, em caso de condenação.

Em contrapartida, sempre que no curso do processo, o juiz (a) verificar que, diante da provável pena a ser aplicado, o acusado não será submetido à pena privativa de liberdade, deverá revogar a prisão. Diante disso, propõe-se uma alteração do Código de Processo Penal, apontando que a proporcionalidade é um requisito para a decretação das prisões preventiva e, por outro lado, a desproporção com a pena provável autoriza a revogação de tal medida cautelar²²⁹.

A segunda etapa da pesquisa, realizada através da plataforma do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, foi feita adotando-se a mesma expressão anterior: “Prisão domiciliar filhos”. Ocorre que dessa vez, o período selecionado deu-se entre 4 de maio de 2011, ante a

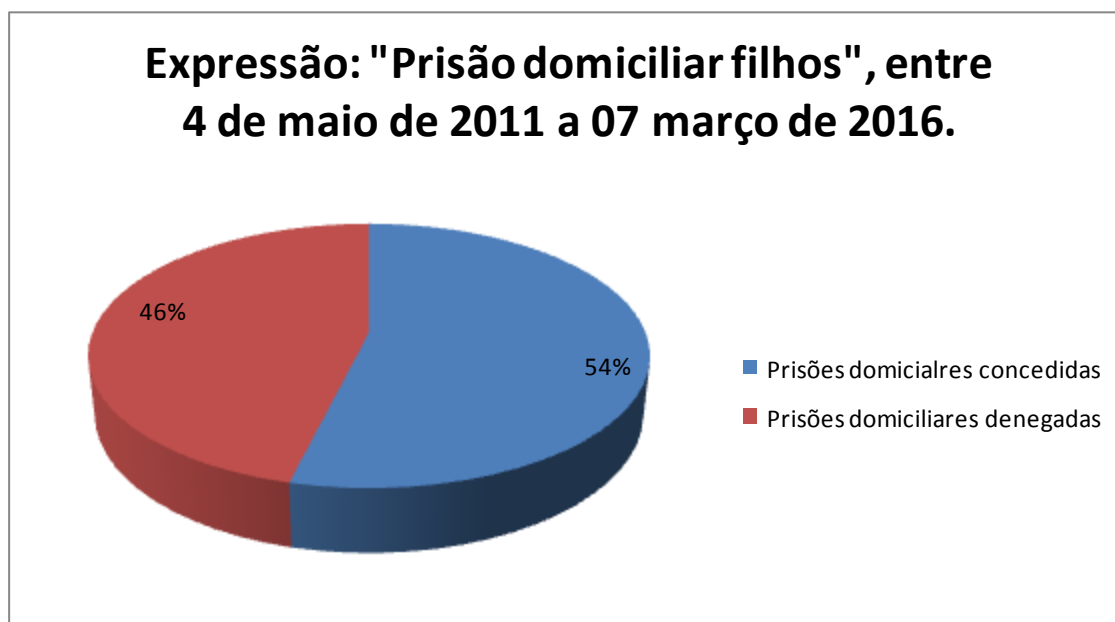
²²⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Coleção Pensamento Criminológico, 14. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.p. 81-82.

²²⁹Nesse momento é importante trazer a baila, o raciocínio já trabalhando anteriormente de que, a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar com fundamento no artigo 319 no Código de Processo Penal. A par disso, a prisão processual, então, em conformidade com a garantia da presunção de inocência, deve ser decretada somente nos casos em que as outras medidas cautelares pessoais se mostrarem insuficientes e se o caso concreto se subsumir a pressuposição abstrata legal para tanto. Ou seja, a privação de liberdade, como assevera Magalhães Gomes Filho é providência de *extrema ratio*, que somente se justificará quando não for cabível restrição menos gravosa, conforme raciocínio já tratado, no capítulo das prisões cautelares, especificamente no aporte teórico GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais: Comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011, p. 39. Em continuidade a esse pensamento, não é o critério da culpabilidade em questão, mas sim um juízo de possível periculosidade. A racionalidade feita é uma projeção a partir do crivo da razoabilidade de ordem que, necessidade, adequação, e a apreciação da proporcionalidade de qualquer medida restritiva de direitos fundamentais deve ser realizada inicialmente a partir do exame da adequação. Como estratégia, de aferição sugere-se seria no momento da decretação de uma medida cautelar pessoal, especialmente a prisão preventiva, que o juiz deve sopesar a projeção, tendo como variável a imposição de uma possível pena privativa de liberdade, ou modalidade diversa, em prospecção a sentença condenatória. Nas lições já tratadas de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: LIMA, Marcellus Polastri; RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coords.). Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 171-172. Nesse mesmo sentido, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar, p. 72; SANGUINÉ, Odone. Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais, p. 653-654; MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão cautelar e outras medidas cautelares pessoais, p. 53.

implementação da Lei 12.403, e a 07 março de 2016, pois em 8 de março de 2016, esse critério de escolha temporal foi dado pelo fato, da publicação da Lei 12.403, justamente em 4 de maio de 2011²³⁰.

A partir dessa perspectiva, observa-se mais claramente a comparação entre a evolução das concessões das prisões domiciliares antes e depois do Estatuto da Primeira Infância. Para melhor visualização, observa-se a seguir o cenário antes do Estatuto da Primeira Infância, dos pedidos de prisão domiciliar em detrimento de prisão preventiva requeridas em sede Habeas Corpus Criminal no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Gráfico 2 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: “Prisão domiciliar filhos”, entre 4 de maio de 2011 a 07 março de 2016



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

A pesquisa na plataforma do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, com a expressão: “prisão domiciliar filhos”, durante o período entre 4 de maio de 2011 a 07 março de 2016, apresentou 13 casos. Desse total, foram 7 prisões domiciliares concedidas, em detrimento de 6 prisões preventivas mantidas. Percentualmente, esse número correspondeu a 54% de prisões domiciliares concedidas em detrimento de 46% de prisões domiciliares denegadas.

²³⁰ A Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011 altera dispositivos do decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - código de processo penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. A questão que concerne ao foco da pesquisa diz respeito sobre tudo, ao artigo 318, que trata da prisão domiciliar.

É inexoravelmente utópica a ambição de se esgotar as alterações e polêmicas entorno da Lei nº 12.403 de 2011 em um trabalho acadêmico como é a produção científica na estética dessa dissertação. Realmente não fora esta a aspiração deste, ocorre que a Lei nº 12.403 de 2011 é mais uma legislação cunhada com o desígnio de se polir cada vez mais a técnica jurídico-processual penal brasileira, no sentido de tornar cada vez mais o Direito Penal e Processual Penal conveniente, ansiando adequá-lo ao Estado Democrático. Ela avigora a noção de respeitabilidade constitucional.

Portanto, conseguiu através de sua precária técnica de digitação, notória em certos momentos, se contradizer, a exemplo, dos arts. 312²³¹, parágrafo único e 313²³², inciso, I, quando ao mesmo tempo, impossibilita a decretação da prisão preventiva nos crimes com pena máxima inferior a 4 anos ou ao mencionar no art. 310, inciso II, a conversão do flagrante em preventiva quando presente os requisitos do art. 312, mas, esqueceu de mencionar a necessidade dos do art. 313, que devem ser lidos em conjunto.

Para além de se ter o esforço em esclarecer os percalços e a efetiva aplicação da Lei nº 12.403 de 2011 no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e, ao mesmo tempo, tentar agregar a partir da interpretação principiológica e garantista à luz da Constituição Federal de 1988, tenta-se dar contribuição à dialética dos debates que estão sendo travados por toda a esfera jurídica brasileira.

Esse diagnóstico se dá em torno das alterações no tocante a prisões domiciliares de mulheres mães com filhos menores de idade. Quanto aos rumos interpretativos e aplicativos a ser dado, só o tempo futuro há de nos dar respostas e conclusões mais precisas, posto as alterações são constantes e intensas. Por exemplo, a alteração promovida pela Lei 13.257 de 8 de março de 2016.

A sequência da pesquisa deu-se no pela busca das decisões, em sede de Habeas Corpus Criminais no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, promovida pela alteração do

²³¹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 284, §4º). Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Capturado em 10 de janeiro de 2019.

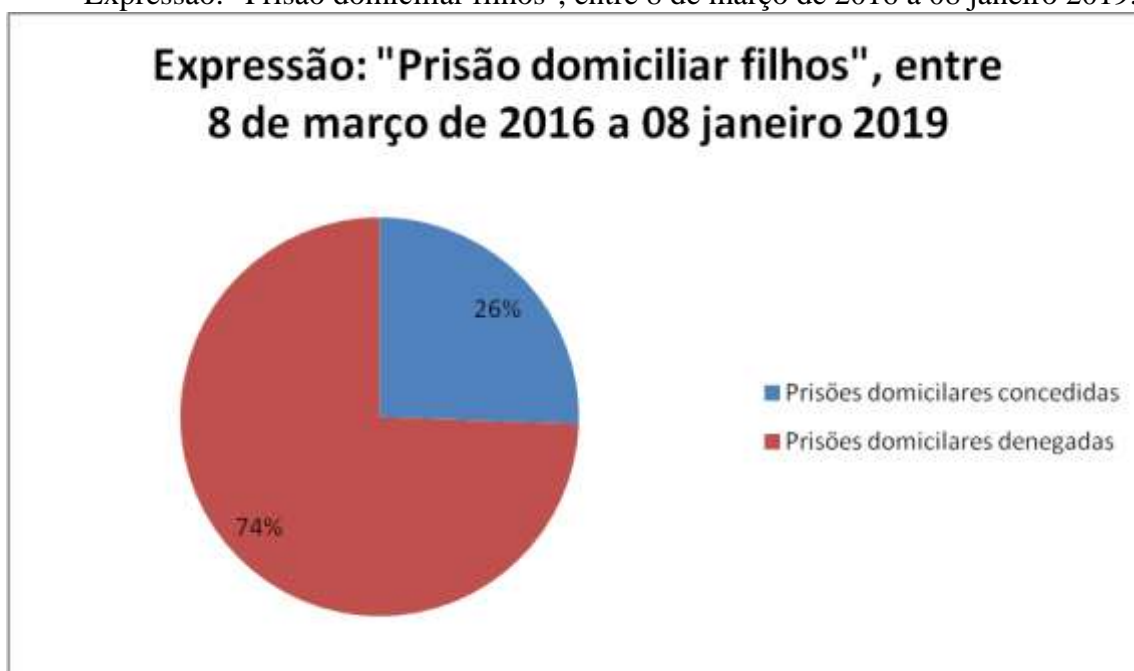
²³² Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades. Redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011. BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Capturado em 10 de janeiro de 2019.

artigo 318 do CPP, em 2016. Com a mesma expressão: “Prisão domiciliar filhos”, pois são palavras que caracterizam a essência do artigo 318 e seus incisos

Agora, o período correspondente é de 8 de março de 2016 a 8 de janeiro de 2019. A circunscrição cronológica foi selecionada para aferir, de maneira geral, as alterações fáticas agenciadas pelo Marco Legal da Primeira infância, no que concerne as prisões domiciliares. Pois, trata-se de importante alteração, com a entrada em vigência em 8 de março de 2016. Assim, torna-se possível, a averiguação, fática em relação à conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar.

Na perspectiva do gráfico a seguir, é possível expor de maneira geral, o número, de concessões de Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, pela expressão adotada desde o início desta investigação.

Gráfico 3 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: "Prisão domiciliar filhos", entre 8 de março de 2016 a 08 janeiro 2019.



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

Totalizaram-se 86 casos de Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: “Prisão domiciliar filhos”, entre 8 de março de 2016 a 08 janeiro 2019. Dentre esse conjunto, 22 casos com a ordem de concessão da prisão domiciliar e 64 casos pela manutenção da prisão preventiva²³³.

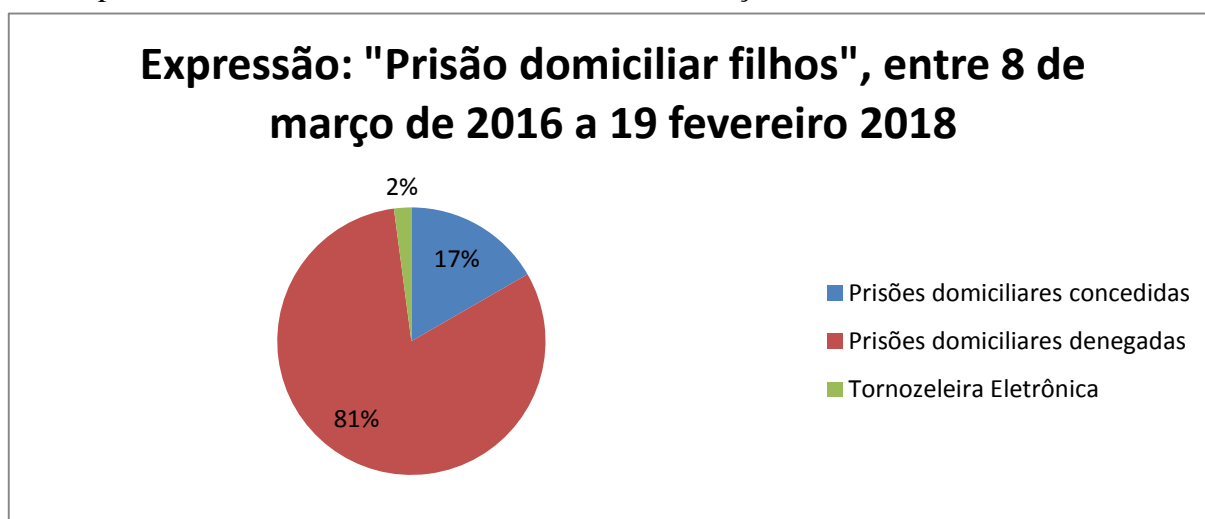
²³³ Esse lapso cronológico, em virtude da alteração, ao artigo 318, promovida pela Lei nº 12.357 de 2016, sobre tudo ao que diz respeito o inciso IV - gestante; e o inciso V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Aproximadamente, 74% de prisões preventivas em detrimento de 26% de prisões domiciliares, o que demonstra que proporcionalmente, o número de mulheres encarceradas durante a fase de instrução processual cresceu, em comparação ao período, de 4 de maio de 2011 a 07 março de 2016, ou seja, antes do Marco Legal da Primeira infância, nos casos analisados pelo tribunal de justiça do Estado de Sergipe.

De pronto, pode-se perceber a evolução, um resultado comparativo no Tribunal de Justiça de Sergipe, em relação à concessão de prisões domiciliares de mulheres mães presas preventivamente. Na perspectiva do tempo, antes e depois do Estatuto da Primeira Infância, observa-se proporcionalmente, o número de 54% de prisões domiciliares concedidas antes do Marco Legal da Primeira Infância, em detrimento de 26% de prisões domiciliares concedidas na vigência do Marco Legal da Primeira Infância.

Por fim, a ultima etapa adotou, a busca pela expressão: “Prisão domiciliar filhos”, durante o período de 8 de março de 2016 a 19 de fevereiro de 2018. Esta data refere-se ao ultimo dia antes da decisão do STF, qual seja: O Habeas Corpus Coletivo 143.641. Conforme se demonstra o gráfico a seguir:

Gráfico 4 - Habeas Corpus no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que apresentaram a Expressão: "Prisão domiciliar filhos", entre 8 de março de 2016 a 19 fevereiro 2018.



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

Com um montante de 48 casos, apurados no referido período, foi registrado exatamente 8 casos que concederam prisão domiciliar, ou outra modalidade de medida cautelar diversa da prisão preventiva, em detrimento de 39 casos de manutenção da prisão

preventiva, 1 caso de torção de tornozelo, ou seja, 81% de prisões domiciliares denegadas em detrimento de 17% de prisões domiciliares concedidas e 2% de torção eletrônica.

O que se pode afirmar, nesse momento, é que o número de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar caiu entre o tempo correspondente a vigência do marco Legal da Primeira Infância, e o anterior a publicação do Habeas Corpus Coletivo do Tribunal Federal de Sergipe, tendo em vista que entre o lapso temporal compreendido entre 4 de maio de 2011 a 07 março de 2016, percentualmente, esse número correspondeu a 54% de prisões domiciliares concedidas em detrimento de 46% de prisões domiciliares denegadas, ou seja concedeu-se mais prisões domiciliares proporcionalmente em um momento anterior ao Estatuto da Primeira Infância.

3.4.1 O posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe diante da ocorrência do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641

Procura-se a seguir avaliar sob o campo do entendimento jurisprudencial, mais precisamente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, os efeitos do Habeas Corpus Coletivo 143.641, do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista tratar-se de um precedente com efeitos vinculantes.

Por meio de seleção de decisões, em Habeas Corpus Criminal, apreciadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, obedecendo a um critério semântico, foram analisadas separadamente, todas as ocorrências para o termo “Habeas Corpus Coletivo 143.641”, encontradas na plataforma de pesquisa jurisprudencial da página oficial na internet do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Utilizou-se o recurso da busca jurisprudencial pelo site oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, com o preenchimento no campo de pesquisa, pela expressão: “Habeas Corpus Coletivo”. Foram encontrados 20 casos, dentre esses, 3²³⁴ não dizem respeito ao

²³⁴Esses casos, as partes não são pacientes que são mães com filhos menores de 12 anos. São eles: O Habeas Corpus Criminal 201700309977 / 0003101-82.2017.8.25.0000. Da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Disponível em: http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201700309977&tmp_numacordao=20188812&tmp.expressao=habeas%20corpus%20coletivo . Capturado em 8 de janeiro de 2019. 228. O Habeas Corpus Criminal de número: 201800307995 / 0002469-22.2018.8.25.0000, Da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Disponível em: http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800307995&tmp_numacordao=201811602&tmp.expressao=habeas%20corpus%20coletivo; Habeas Corpus Criminal 201800332632 / 0010122-75.2018.8.25.0000, da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Disponível em: http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800332632&tmp_numacordao=201831363&tmp.expressao=habeas%20corpus%20coletivo . Capturado em 08 de janeiro de 2019.

objeto da pesquisa, pois referem-se a casos que não tratam de mães com filhos menores de 12 anos.

De fato, foram trabalhados 17 Habeas Corpus Criminais, pois nesse montante as pacientes eram mulheres, em que os julgamentos apresentavam relação na condição da pesquisa: ou seja, com pedidos de prisão domiciliar entre o período de 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019, com menção expressa do HC coletivo nº 143.641 do STF pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. O critério de escolha cronológica deu-se em virtude da data de publicação do Julgado do Supremo Tribunal Federal ter ocorrido em 20 de fevereiro de 2018 e pelo fato do ultimo tempo viável para análise dos julgados, nessa dissertação ser em 8 de janeiro de 2019.

Para facilitação da percepção e visualização das variáveis, as Ações foram trabalhadas, nos seguintes aspectos: com mesmo lapso temporal da coleta de dados relacionada aos casos de Habeas Corpus julgados pelo STF, todas citaram o Habeas Corpus Coletivo 143.641 do STF. Nessa perspectiva, foram isolados os seguintes aspectos: 1) quantos Habeas Corpus Criminais foram julgados pela manutenção da prisão preventiva; 2) quais os fundamentos da manutenção da preventiva ante as exceções previstas na decisão proferida no Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP; 3) quais os fundamentos da concessão da prisão domiciliar que se basearam no HC coletivo 143.641/SP; 4) quais as condições das mães que obtiveram a prisão domiciliar; 5) quais os tipos penais supostamente praticados; 6) a análise dos tipos combinados com a suposta incidência da lei 11.343 de 2016 das mães no cárcere nos Habeas Corpus do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe; e por último o ponto 7) trata das idades das crianças com mães em prisão preventiva no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

A fim de aclarar o que se percebe por pesquisa empírica, compete trazer a definição de Epstein e Gary²³⁵ conforme os quais, embora seja comum que esse método seja conexo à coleta de dados de campo, por meio de análises estatísticas ou quantitativas, ele é muito mais amplo que essa definição. Desse modo, a palavra empírica denota destaque sobre o mundo baseado em experiência ou observação. Essa “ênfase pode ser numérica (quantitativa) ou não numérica (qualitativa); nenhuma é mais ‘empírica’ que a outra”, ensinam.

Em breves palavras, o que torna uma pesquisa empírica é a sua concretização por meio de observações de dados, que elucidam os fatos ocorridos no mundo, que “podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência, ou ser o

²³⁵ EPSTEIN, Lee; GARY, King. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. Tradução: MOROSINI, Fábio et. al. Livro eletrônico. São Paulo: Direito GV. 2013 p. 11

resultado de entrevistas ou pesquisas, ou os resultados de pesquisas auxiliares arquivísticas ou de coletas de dados primários”²³⁶.

Nesse aspecto, no presente estudo procura-se seguir as orientações de Ávila²³⁷ para melhor abarcar a compreensão e aplicação do princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes em detrimento ao jus puniendi, nas situações em que se têm grávidas e mães com filhos crianças no cárcere. Oportuno, salientar que a utilização será a de análise de conteúdo²³⁸.

Para isso, delinearam-se os casos que terão a sua incidência analisada, que são as decisões proferidas entre 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019, a respeito da aplicação da aplicação do Habeas Corpus Coletivo (HC 143.641), proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), delimitando-se a pesquisa à apreciação de Habeas Corpus Criminais julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, a fim de agrupar situações que envolvem a mesma problemática.

Como explanado no tópico anterior, nessa fase da pesquisa, utilizou-se os recursos de busca jurisprudencial do site oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Decidiu-se por delimitar a pesquisa jurisprudencial no ano de 2018 a 2019, uma vez que o Marco legal da Primeira Infância foi sancionado em 8 de março de 2016, Todavia o Habeas Corpus Coletivo 143.641 foi publicado em 20 de fevereiro de 2018. Por essa razão, após o Supremo Tribunal Federal emitir uma decisão em caráter coletivo, em forma de precedente vinculante, aqui reside à justificativa quanto à escolha desse critério temporal.

Os aludidos aspectos foram eleitos por apreender que, através da análise detalhada delas, se seria possíveis compreender o posicionamento adotado após o julgamento do Habeas Corpus Coletivo de efeito vinculante proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na intenção de aferir a aplicabilidade dessa decisão no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Com isso, elencaram-se 17 Habeas Corpus que foram julgados pelo referido Tribunal de Justiça de Sergipe entre 2018 e 2019, a fim de visualizar como esses critérios empíricos se apresentam em cada caso.

²³⁶ EPSTEIN; GARY, 2013, p. 11-12.

²³⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros Editora, 2004.

²³⁸ Um método bastante utilizado na análise de dados qualitativos é o de análise de conteúdo, compreendida como um conjunto de técnicas de pesquisa cujo objetivo é a busca do sentido ou dos sentidos de um documento. BARDIN, Laurence. Título original: **L'Analyse de Conremt**. Presses Univcrsitaires de France. Tradução de Luís Antero Reta e Augusto Pinheiro Capa de Edições 70.1977.

3.4.2 Efeitos do Habeas Corpus Coletivo 143.641 no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Como visto de forma mais minuciosa no primeiro capítulo desta dissertação, o princípio do melhor interesse da criança surgiu com a inauguração da doutrina da proteção integral no Brasil, que foi a fundamental referência para a concretização dos direitos das crianças e adolescentes. Por meio do conceito de ciclo de vida, tendo em vista que este por sua vez, trata-se de um referencial, que se apropria de forma associada, dos assuntos e as políticas atinentes à infância, sem perder de vista a singularidade de sua camada social. Por entender a infância em importantes e distintos momentos, mas que entre si interligam-se, e se ordenam para o todo relativo desenvolvimento infantil, que dada a sua maior vulnerabilidade, carecem de uma maior proteção, como sujeitos de direitos, que precisam de uma atenção especial por se encontrar em condição peculiar de desenvolvimento.

A respeito da pesquisa empírica no Direito²³⁹, com o aspecto positivo em proporcional pesquisadores a atuarem de forma consciente no diagnóstico da realidade, franqueados por ajustes como a indicação de possíveis soluções que amparem o desenvolvimento de políticas públicas, nas relações sociais.

Por óbvio, esse marco cronológico, foi escolhido, por influência da data de publicação do Julgado do Supremo Tribunal Federal, o famigerado precedente de 2018: O Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 da Suprema Corte, o total de casos encontrados foi de 17, relacionados ao tema em comento.

Obteve-se como resultado desses julgamentos uma quantia de 3 (três) casos²⁴⁰, com paciente que tiveram a substituição da prisão preventiva pela domiciliar e 14 (quatorze) julgamentos²⁴¹ com pacientes que tiveram a prisão preventiva mantida.

²³⁹ SAMPAIO, Thayse Edith Coimbra. Uma Cartografia Simbólica da Pesquisa Empírica em Direito no Estado de Sergipe: desafios epistemológicos e procedimentais. **Metodologia, pesquisa e ensino: formação jurídica em debate**. Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Lucilla Menezes da Silva Ramos e Patrícia Araújo Lima (organizadoras). - Aracaju (SE): Evocati, 2018.p. 73.

²⁴⁰ Habeas Corpus Criminal nº 201800305698, com número único 0001809-28.2018.8.25.0000 na Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Sergipe. Relator(a): Ana Lúcia freire de a. Dos anjos. Julgado em 22/05/2018. Disponível em: < <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial> >. Habeas Corpus Criminal nº 201800304411, com número único 0001401-37.2018.8.25.0000 na Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Sergipe. Relator(a): Ana Lúcia Freire de A. Dos Anjos. Julgado em 17/04/2018. Disponível: < <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial> >. Habeas Corpus Criminal nº 201800304049, com número único 0001308-74.2018.8.25.0000 na Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Sergipe. Relator(a): Ana Lúcia Freire de A. Dos Anjos. Julgado em 10/04/2018. Disponível em: < <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial> >. Capturado em 8 de janeiro de 2019.

²⁴¹ O Habeas Corpus Criminal de número: 201800307995 / 0002469-22.2018.8.25.0000; Habeas Corpus Criminal 201800332632 / 0010122-75.2018.8.25.0000, da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe; Habeas corpus criminal nº 201800306778, com número único 0002123-71.2018.8.25.0000; Habeas corpus criminal nº 201800309928, com número único 0003068-58.2018.8.25.0000; Habeas Corpus Criminal nº 201800312355, com número único 0003854-05.2018.8.25.0000; Habeas Corpus Criminal nº 201800315341,

Em sequência a análise de conteúdo, e com foco no objetivo desta dissertação, verifico o número de prisões domiciliares concedidas no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, no momento posterior a publicação do Habeas Corpus Coletivo 143.641 do STF.

Os gráficos revelam uma realidade no Estado de Sergipe, primeiro em relação a julgamentos proferidos por Habeas Corpus pela manutenção da prisão preventiva ou prisão domiciliar entre o período de 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019, depois uma aferição dos fundamentos da manutenção da preventiva. Por meio dessa análise, principalmente foi possível apontar, quais as condições das mães presas preventivas no Estado de Sergipe, que requereram prisão domiciliar quais os supostos crimes praticados e quais as idades de seus filhos.

A princípio pode-se afirmar que com a decisão, o STF enfraqueceu as balizas de escolha dos Juízes (as) para a concessão do benefício. Entretanto, de modo recente, em decisão publicada em 25 de outubro de 2018²⁴², no âmbito dos autos do Habeas Corpus nº 143.641, o ministro relator Ricardo Lewandowski analisou diversas manifestações declarando a oposição de juízes em executarem essa determinação do STF. Como já explicitado nesse trabalho foi aberto prazo para que mais relatos e sistematizações de organizações e entidades possam ser apresentados, com o objetivo de demonstrar a urgência da adoção de medidas para que a decisão do HC seja efetivamente implementada, em favor das mulheres negras e pobres, mais vulneráveis em termos sociais e econômicos²⁴³. Para aferir esta hipótese, é que também se sustenta a necessidade as construções de uma manifestação, na qual serão incluídos

com número único 0004760-92.2018.8.25.0000; Habeas Corpus Criminal nº 201800316177, com número único 0005017-20.2018.8.25.0000; Habeas Corpus Criminal nº 201800314366, com número único 0004434-35.2018.8.25.0000; Habeas Corpus Criminal nº 201800318360, com número único 0005732-62.2018.8.25.0000; Habeas Corpus Criminal número: 201800324036 / 0007556-56.2018.8.25.0000, na Câmara Criminal; Habeas Corpus Criminal número, 201800324181 / 0007595-53.2018.8.25.0000, Habeas Corpus Criminal número: 201800326083/0008172-31.2018.8.25.0000; Habeas Corpus Criminal 201800327780 / 0008743-02.2018.8.25.0000; Habeas Corpus criminal de número 201800322951 / 0007228 29.2018.8.25.0000; Habeas Corpus Criminal número: 201800330052 / 0009391-79.2018.8.25.0000. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial>. Capturado em 8 de janeiro de 2019.

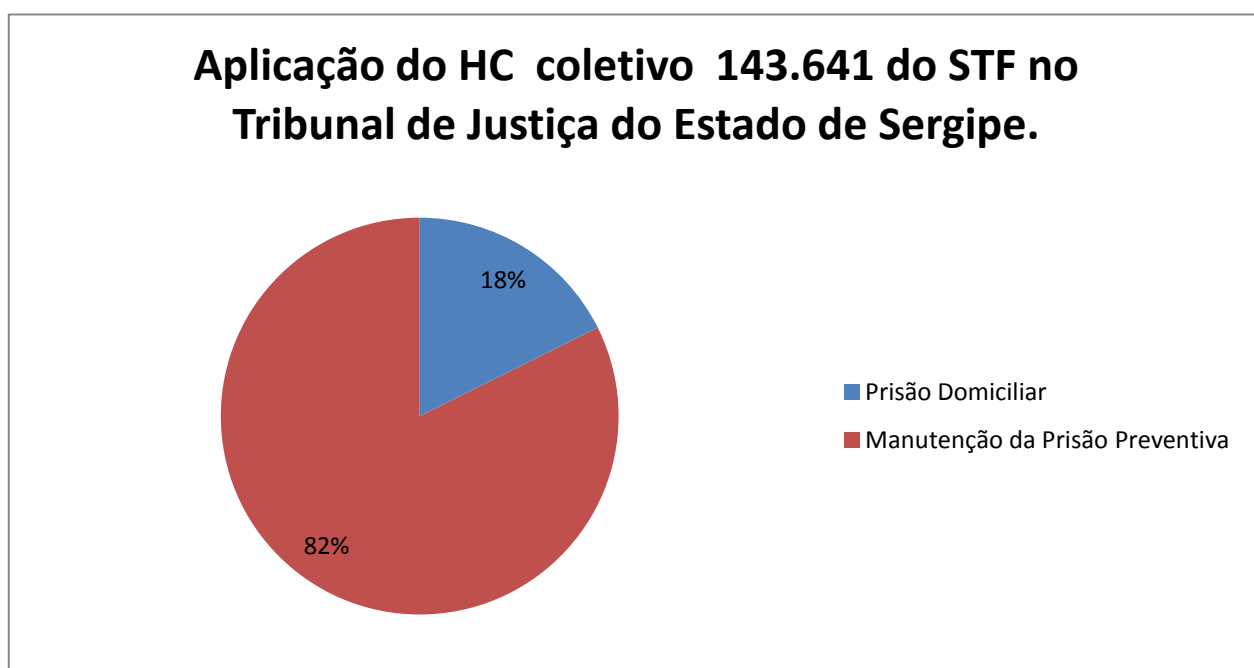
242 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: Quinta-feira, 25 de outubro de 2018. Ministro Lewandowski concede HC para presas com filhos que ainda não foram colocadas em prisão domiciliar. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393814>. Capturado em 28 de janeiro de 2019.

243 Importante ressaltar sobre a movimentação explicada por Eloísa Machado de Almeida, que enfatizou a seriedade da litigância estratégica, isto é, o fato de levar casos emblemáticos ao poder judiciário para conquista e garantia de direitos coletivos. Explicou ainda que a ideia do HC Coletivo surgiu a partir da pesquisa “Dar à Luz na Sombra” e do advento da Lei n. 13.257/2016, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância. E que apenas foi possível a partir do contexto favorável criado no Supremo Tribunal Federal com os precedentes do julgamento da ADPF 347. Para mais detalhes, ITTC e CADHU lançam cartilha sobre o HC coletivo para mulheres grávidas e mães de crianças de até 12 anos. **Instituto Terra Trabalho e Cidadania**. Disponível em: <http://itcc.org.br/itcc-e-cadhu-lancam-cartilha-sobre-o-hc-coletivo-para-mulheres-gravidas-e-maes-com-criancas-de-ate-12-anos/>. Capturada em 29 de janeiro de 2019.

informações e dados levantados na presente pesquisa, a respeito da aferição dos efeitos do HC coletivo 143.642 do STF no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Para melhor compreensão, graficamente será exposto, em percentual, os julgamentos proferidos por Habeas Corpus pela manutenção da prisão preventiva ou prisão domiciliar entre o período de 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019, na tentativa de demonstrar Aplicação do HC coletivo nº 143.641 do STF no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Gráfico 5 - Julgamentos proferidos por Habeas Corpus pela manutenção da prisão preventiva ou prisão domiciliar entre o período de 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019.



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

Dos 17 casos, verifica-se que foi concedido a prisão domiciliar em 3 processos em detrimento de 14 casos de manutenção da prisão preventiva. Uma discrepância alarmante. Em outras palavras, manifesta-se um percentual de 82% de prisão preventiva em detrimento de 18% de prisão domiciliar. Sob o fundamento de argumentos numéricos, pode-se dizer que essa realidade revela a cultura brasileira, ou ainda sergipana, de encarceramento como conceito de segurança e o uso desmedido da prisão provisória.

O Conselho Nacional de Justiça²⁴⁴, alerta e reconhece o estarrecedor crescimento de mulheres encarceradas, informando que se multiplicou por oito o total de mulheres presas no Brasil em 16 anos. O número de presas passou de 5.601 em 2000 para 44.721 em 2016, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça. Com o aumento, a representação das mulheres na massa prisional passou de 3,2% para 6,8% no período.

Sobretudo em se tratando de prisões provisórias, já foi constatado pelo Conselho Nacional de Justiça²⁴⁵ que o Brasil excede os limites da razoabilidade:

O Brasil é conhecido internacionalmente como um país que extrapola qualquer limite no número de prisões preventivas. É uma prisão que pela Constituição é excepcionalíssima e na prática ela é a regra. No fim das contas, serve como uma forma antecipada de pena e como forma de contenção social mesmo.

Nas lições de Salo de Carvalho²⁴⁶, manifesta-se em importantes ensinamentos que despontam a síndrome contemporânea da vontade de punir, quando afirma que os países ocidentais e esse desejo desestabiliza a acepção substancial de democracia, ocasiona a emergência das macropolíticas punitivistas (populismo punitivo), dos movimentos políticos-criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das conjecturas criminológicas neoconservadoras, como por exemplo, o atuarismo, gerencialismo e funcionalismo sistêmico.

Dessas lições pode-se depreender que a atitude excessiva desta medida é contrária ao âmago do Estado democrático de direito e seu emprego como um contorno de justiça mais célere, faz brotar uma configuração de pena antecipada, nessa simbólica atitude há numerosos aspectos negativos.

Sustentar uma ampla quantidade de pessoas privadas de liberdade à espera de apreciação ocasiona resultados prejudiciais à gestão penitenciária. A aplicação não excepcional desta medida faz com que a população carcerária cresça desordenadamente. O que por consequência, pode-se cogitar que os recursos do sistema penitenciário, ordinariamente escassos, tornam-se insuficientes para acolher às precisões da crescente população recolhida.

244 BRASIL, Número de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos>.

Capturado em 10 de janeiro de 2019.

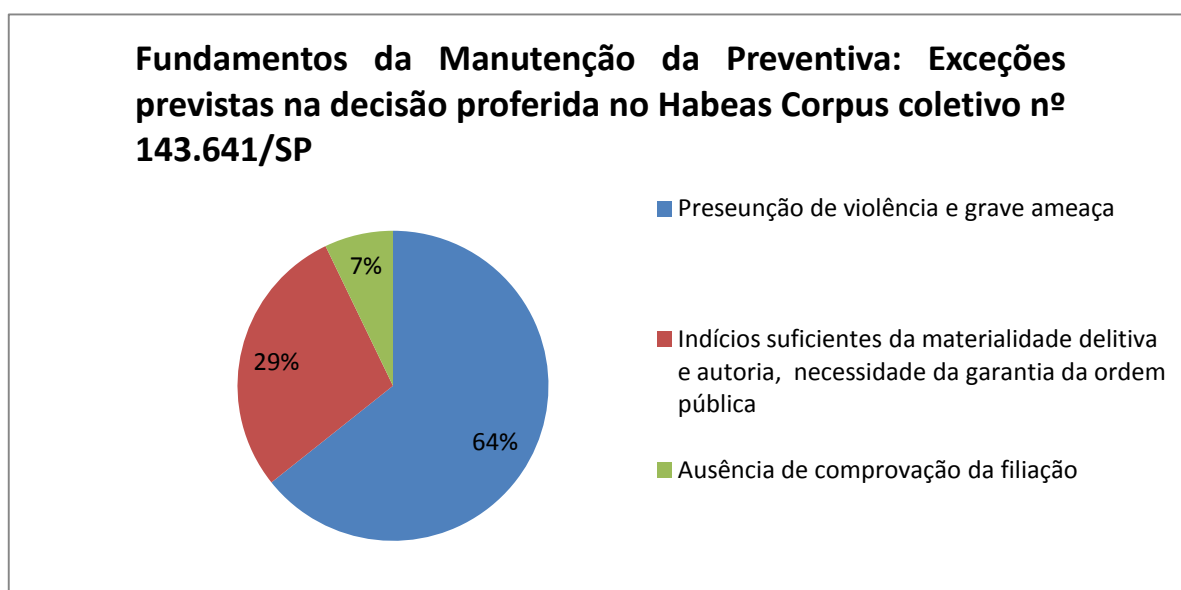
245 CNJ. População carcerária feminina 567% em 15 anos no Brasil. 2015 Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-nobrasil>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

246 CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 .p.29

A seguir um gráfico descreve em percentual a proporção dos julgados conforme a fundamentação, nos 14 casos que decidiram pela manutenção da prisão preventiva, e quais os argumentos utilizados pelo Tribunal de Justiça de Sergipe. Ainda em relação aos fundamentos, interessante a exposição quanto aos embasamentos da Manutenção da Preventiva, diante exceções previstas na decisão proferida no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP. A esse respeito, são fatores que apresentam impedimento a decretação da preventiva: indicação de indícios suficientes da materialidade e autoria, necessidade da garantia da ordem pública e inexistência, no processo, de comprovação do estado de filiação.

Vale lembrar que, essa análise de conteúdo, deu-se por meio da busca pela expressão: “Habeas Corpus Coletivo”, no período correspondente de 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019, na plataforma do Tribunal de justiça do Estado de Sergipe. Observa-se:

Gráfico 6 - Fundamentos da Manutenção da Preventiva: Exceções previstas na decisão proferida no Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

Dos 14 casos de denegação da prisão domiciliar, a realidade é de que 9 casos foram presumidas a violência e graves ameaças nas supostas práticas delitivas das mães encarceradas preventivamente, o correspondente a 64% de casos que apresentam presunção de violência e grave ameaça. Destaca-se que os referidos casos, não se referem à violência e grave ameaça contra os filhos das mulheres detidas.

Outros 4 casos, um montante de 29%, revelam em seu fundamento a indicação de indícios suficientes da materialidade e autoria, necessidade da garantia da ordem pública,

como óbice a decretação da prisão preventiva em detrimento a prisão domiciliar, e 1 correspondendo ao percentual de 7% , de caso pela não concessão do Habeas Corpus, deu-se pelo fato da inexistência no processo de comprovação do estado de filiação.

Ademais, resta a indagação do que seriam essas situações excepcionalíssimas mencionadas no Habeas Corpus Coletivo 143.641-SP, sendo que no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe as decisões oscilam quanto ao enquadramento dos casos e situações excepcionais.

Pode-se dizer que, por meio do Habeas Corpus Coletivo houve hipoteticamente uma “modificação” do artigo 318 do Código de Processo Penal, quanto a sua aplicação, no tocante ao ponto da imprescindibilidade de não “incidência ou grave ameaça”. Importante salientar que o STF impõe restrição à concessão de prisão domiciliar a mães com filhos menores de 12 anos, ante a verificação de violência e grave ameaça realizada contra os descendentes. Ocorre que, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, presume subjetivamente a atribuição de violência e grave ameaça, e indefere a decretação da prisão domiciliar a esse pretexto. Reforçam-se os termos de que o *decisum* não deixa dúvida que se está diante de uma possível demonstração de ativismo judicial²⁴⁷ por parte do STF.

Oportuno é o questionamento acerca de se o STF julgou talvez, invadindo competência constitucional do Poder Legislativo e desobedecendo a separação de Poderes (CF, art. 2º), a decisão chegou ao ponto de instituir uma espécie de tempo, determinando-se que os Presidentes dos Tribunais apliquem os assentamentos (ou “os princípios e regras”, como salientado no voto do eminente Relator) no prazo de sessenta dias. Se por um lado, a repercussão do Habeas Corpus Coletivo deu visibilidade à categoria de mulheres mães encarcerada preventivamente, por outro lado, não se pode negar a criação por meio de

²⁴⁷O ativismo Judicial pode ser entendido como um fenômeno multidirecional e gradativo, que não teria afinidade linear com ideologias políticas ou apreciações sobre a correção das decisões judiciais enquanto tais. Bradley Canon alvitrou um arcabouço para a análise do ativismo judicial que o analisava como sendo uma significativa mudança na política pública, gerada por uma decisão da Corte e que teria a sua legitimidade questionada porquanto seria entendida como inapropriada para as crenças articuladas sobre o papel correspondente da Suprema Corte no sistema político norte-americano. Canon, B. **A framework for the judicial activism**. In: Halpern e Lamb, 2013. p. 385-419. No Brasil, a adversidade normativa consistiria no desajuste do ativismo judicial com a Constituição e a democracia. Afrontado o parâmetro, o ativismo seria adverso à Constituição e ao direito, pois seria descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com invasão insidiosa sobre o centro essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes do Estado. Miarelli, Mayra M. e Lima, Rogério M. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2012. Para Barroso, em apertada síntese, o ativismo judicial sugere uma situação-limite, aos alcances fluidos, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao exceder essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o juiz, um tribunal ou o próprio Judiciário, abrolharia riscos, extrapolaria suas funções, se afastaria de seus conjuntos de referência e operaria sob a consequência de influências indesejáveis, como valores subjetivos, primazias, interesses e programas políticos. Barroso, Luís R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista EMARF, Cadernos Temáticos: Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional, dez. 2010, p. 389.

jurisprudência, de exceções a Lei 13.257 de 2016, dentre elas o fundamento da manutenção da prisão preventiva pelo fato da constatação abstrata de violência e grave ameaça.

Com base nos resultados da pesquisa desenvolvida, foi possível perceber que, prevalentemente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, marchou no sentido de ratificar o argumento da segurança e manutenção da ordem perante o direito de convivência familiar e comunitária, por meio do argumento dos julgados: “indícios suficientes da materialidade e autoria, necessidade da garantia da ordem pública”, em detrimento ao fundamento do direito indisponível e irrenunciável da criança à alimentação, à saúde e à convivência com sua mãe. Desse modo, a alegação com base nas restrições normativas gerais correlacionadas ao caráter de gravidade associado ao delito prevalece como maior valor ponderado.

Por consequência, aguça-se o ciclo da violência institucional, porquanto, quando um pedido de liberdade provisória ou prisão domiciliar para a mãe permanecer com o filho que carece de seus cuidados é recusado, em razão da natureza do suposto cometimento pelo crime.

Registre-se que não foram encontrados casos, nessa pesquisa, de violência e grave ameaça contra seus descendentes. Cogita-se haver, de certo modo, um abstrato grau de julgamento subjetivo em enquadrar situação delituosas presumidamente como incidente em crime de “violência e grave ameaça”.

Sobre essa perspectiva de análise, por um lado, vale o adendo do preciso ensinamento de Braga e Franklin²⁴⁸, em que afirma que tanto os julgadores entendem a maternidade como uma espécie de salvação moral, uma forma de sair do mundo do crime, e, portanto, reconhecem o direito à maternagem²⁴⁹, quanto denegam seus pedidos, principalmente em casos de mães com filhos menores, mas não bebês e não gestantes, baseados na crença de que a conduta criminosa da ré não condiz com a de uma mãe que solicita o benefício por ser imprescindível aos cuidados de seu filho. Cogita-se, que nesse ultimo argumento repouse, de fato, o verdadeiro fundamento do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em denegar a concessão de prisão domiciliar sob o subjetivo fundamento de “violência e grave ameaça”.

²⁴⁸ BRAGA; Ana Gabriela, FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. **Quando a casa é uma prisão:** Uma análise de decisões de prisão domiciliar após a Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, vol.9, n.1, 2016, p.349-375.

²⁴⁹ Válido a lembrança, do intenso significado da palavra maternagem, pois essa não deve ser confundida com a significante maternidade. Por isso, explico que esse cuidado da mulher com os filhos não se restringiria somente ao reclame das necessidades básicas do bebê, mas também a uma disponibilidade psíquica, a qual passa a ser denominada maternagem., conforme ensina WINNICOTT, D. W. A preocupação materna primária. In Winnicott D. **Da pediatria à psicanálise:** Obras escolhidas. Rio de Janeiro: Editora Imago. (Original publicado em 1945). 2000. p. 218-232.

Não se pode deixar de auscultar, também o fato de que por outro lado, estudiosos como Miyamoto & Krohling²⁵⁰ ressaltam que a ideia de ressocialização das mulheres em conflito com a lei passa repetidas vezes pela confirmação de estereótipos de gênero como as inventariadas ao desejo e a vivência da maternidade. No caso dos homens, comparativamente, a paternidade dificilmente é usada como reforço de "redenção". Especificamente na prisão masculina, a visão ressocializadora é traduzida, por meio do reforço do ideal de homem trabalhador que se traduz em de recuperabilidade ou ressocialização. Avaliando tais aparências, o conservadorismo da instituição prisional, no Poder Judiciário e na instituição de Justiça como um todo, no que se acena à representação das expectativas sociais acerca dos papéis masculinos e femininos, fica manifesta.

Salta aos olhos uma incoerência interna dos julgados. Isso porque todo aquele estado inconstitucional de coisas referente à penúria do cárcere vivenciada pelas mulheres presas, não se aplicaria às que praticaram crimes com violência ou grave ameaça, em outro ponto, tal medida visa proteger a própria criança. Ora, ou a situação é idêntica para todas, em atenção ao princípio da isonomia, como quis referir a Suprema Corte, ou essa inovação jurídica pode não se sustentar em sua gênese. Pois ainda que através de métodos mais sutis de coerção e controle, é sobre o corpo do apenado que a prisão exerce o seu poder, docilizando e submetendo este corpo à sujeição constante de suas forças (Foucault, 1975/2004). Versando especificamente sobre as dinâmicas das instituições totais, Goffman²⁵¹ (1996) afirma que os indivíduos em seu interior passam por um processo ininterrupto de “mortificação do eu”.

Após um processo de “despimento” identificatório que fere os indivíduos de inúmeras maneiras, estes necessitam se reorganizar e desenvolver ainda táticas de contragolpe. É neste panorama que a maternidade pode operar como um utensílio de autopreservação e resiliência da própria identidade da mulher presa inclusa em um contexto que tem como atributo fundamental a destituição da personalidade de seus membros. A partir deste ponto de vista, pode-se perfilar nas mulheres encarceradas uma probabilidade de “alcatifar-se” de uma forma poderosa e socialmente reconhecida: a do papel de mãe.

Por conseguinte, é respeitável entendermos que a maternidade, sobretudo na prisão, pode admitir a colocação de empoderamento para elas, pois a projeção do ser mãe circunda todo o processo identificatório. Perpetrando a busca desta identidade, na expectativa em

²⁵⁰ Miyamoto, Y., & Krohling, A. **Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada.** Direito, Estado e Sociedade, PUC. Rio. 2012. p. 223-241.

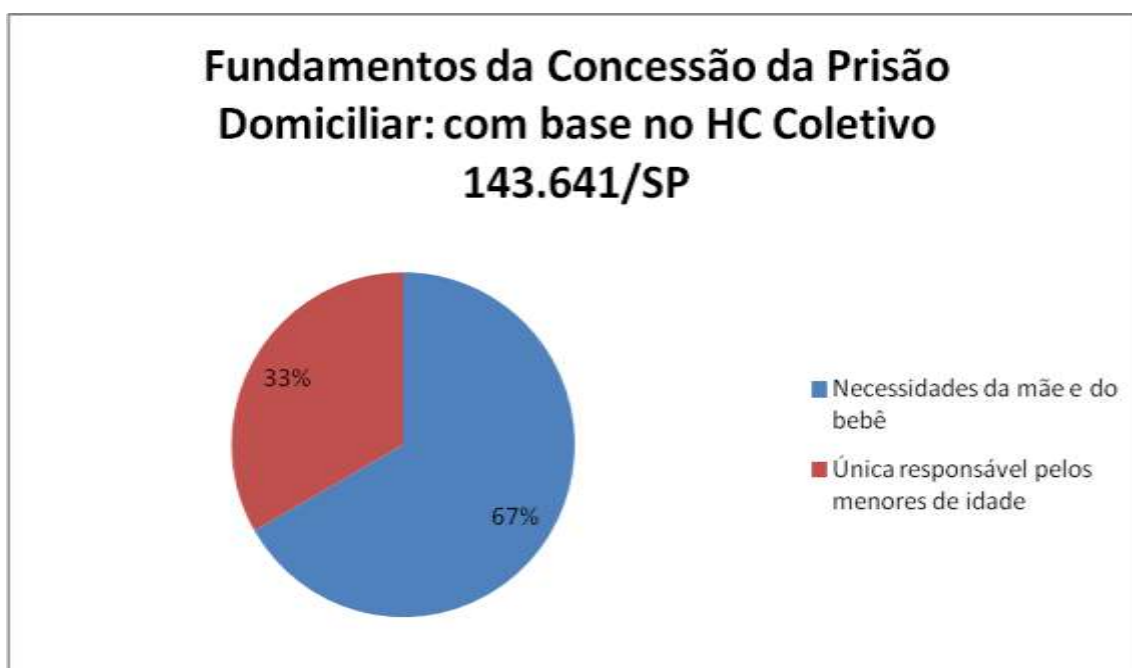
²⁵¹ Goffman, E. **Manicômios, prisões e conventos.** (D. M. Leite. Trad.). Editora Perspectiva. 1996. p.24.

apropriar-se de um ofício socialmente elevado, ainda que a analogia materna balize a mulher à passividade e à repressão, ela concebe simultaneamente a possibilidade de elevação a um status social diferenciado.

A par disso, prossegue-se a análise, dessa vez quanto aos julgamentos de Habeas Corpus do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que concederam a prisão domiciliar com base no Habeas Corpus Coletivo 143.641, proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Interessante salientar, que dentre os dados coletados, em relação aos casos favoráveis a decisão pela prisão domiciliar, tiveram como fundamentos das sentenças: as “necessidades da mãe e do bebê”, e o fato de que a mãe é a única responsável pelos menores de idade. Todas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, coletada nesse momento, citaram como precedente o HC Coletivo 143.641/SP, o que demonstra a influência do precedente.

Gráfico 7 - Fundamentos da Concessão da Prisão Domiciliar: com base no HC Coletivo 143.641/SP



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

Importante salientar, que dentre os dados coletados, apenas 3 Habeas Corpus Coletivo foram favoráveis a decisão pela prisão domiciliar. Em relação aos fundamentos dessas sentenças foram encontrados: um correspondente a 67% dos casos, sob o fundamento: “necessidades da mãe e do bebê”, um total de dois 2 casos, e apenas um caso, ou seja 33% da sentença foi pautada no fato de que: “a mãe é a única responsável pelos menores de idade”.

Ambas as decisões citaram como precedente o HC Coletivo 143.641/SP. Esses

números revelam um sutil avanço em relação à aplicação do princípio do melhor interesse da criança e da convivência familiar e comunitária.

Dessa ínfima amostragem, pode-se depreender que o que preponderou no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, não foi de fato, o melhor interesse da criança, nem muito menos o preceito Constitucional do artigo 227. Pois, três foram os casos de concessão de prisão domiciliar, em detrimento de 17 casos, pela manutenção da prisão preventiva.

A necessidade da mãe para recém-nascido é incontestavelmente importante. Por isso, prisões femininas precisam possuir creches e berçários, como determina a Lei de Execução Penal²⁵², sendo que apenas 3% das unidades prisionais do País declararam contar com espaço de creche, somando uma capacidade total para receber até 72 crianças acima de 2 anos. Em Sergipe, não existe creche, ou seja, o número chega a inexistir. O que na realidade existe é um berçário, com capacidade para 6 crianças, segundo o DEPEN²⁵³. Pode-se observar a estrutura pela seguinte foto ilustrativa, no anexo 1.

O Conselho Nacional de Justiça emitiu uma mataria em que reconhece a destrutura no cárcere feminino, e afirma que falta escolta para cuidados pré-natais em 13 (31%) das unidades. Assevera ainda, que, por exemplo, em Salvador, aproveitam os veículos administrativos para escoltar gestantes e mães com os bebês nos atendimentos, já que o emprego de carro cela e algemas ganharam protocolos operacionais. Na ausência de efetivo militar, agentes penitenciárias acompanham o transporte. Cármen Lúcia Antunes Rocha²⁵⁴ esteve no presídio baiano, em agosto, e destacou a taxa de presas provisórias ali 75 das 104 detentas (72%), e afirmou: "Precisamos ver que providência tomar. É o índice mais alto que a média nacional²⁵⁵". Referindo-se a Ministra, a normativa "Não se utilizarão meios de coerção no caso das mulheres que estejam por dar a luz nem durante o parto nem no período

²⁵²A Lei Penal de Execução brasileira prevê em seu "Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. Essa redação foi dada pela Lei nº 11.942 de 2009" Disponível em: .

²⁵³BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres, 2ª edição.** Ministério da Justiça e da Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Capturado em 10 de janeiro de 2019.

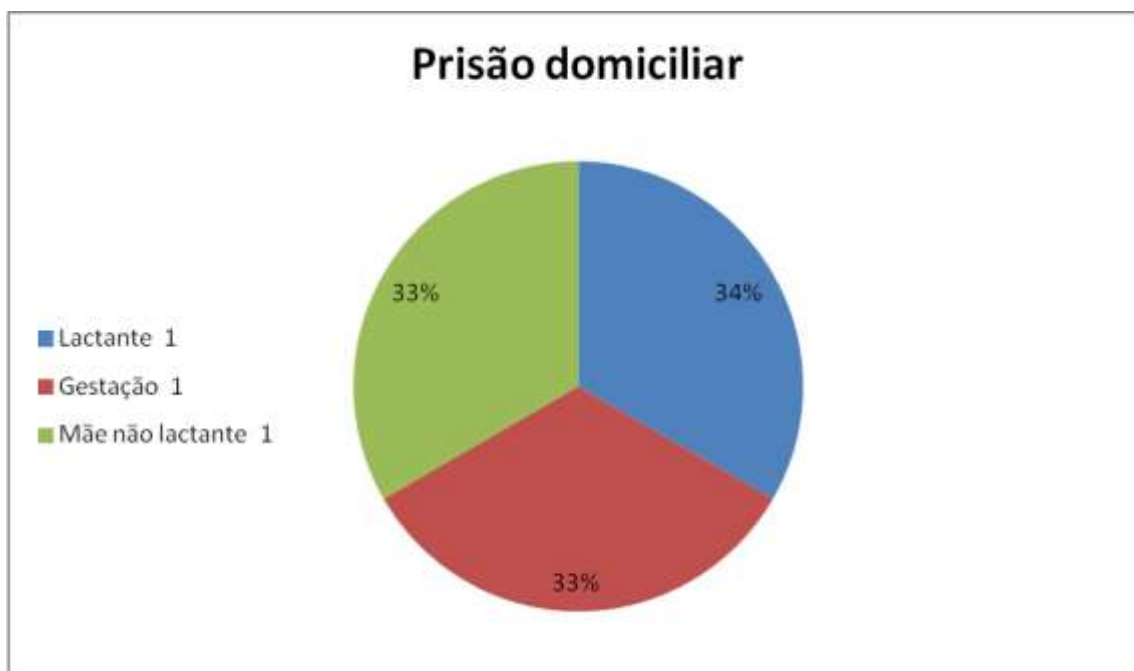
²⁵⁴ Cármen Lúcia Antunes Rocha é uma jurista, professora e magistrada brasileira. Atualmente é ministra do Supremo Tribunal Federal, é presidente dessa corte e do Conselho Nacional de Justiça de 2016 a 2018. Desempenhou também os cargos de ministra e presidente do Tribunal Superior Eleitoral.

²⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Número de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos> . Capturado em 10 de janeiro de 2019.

imediatamente posterior²⁵⁶, referindo-se ela, também, e sobre as Regras Mínimas para o Tratamento de Mulheres Presas, ONU/2010²⁵⁷, ou seja, as Regras de Bangkok.

No próximo gráfico demonstra-se, dentre os casos de concessão de prisão domiciliar, as condições da mãe encarcerada. O resultado comprovou que existe lactante gestante e mãe não lactante

Gráfico 8 – Condições das mães que obtiveram prisão domiciliar



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

Nesse gráfico observa-se que, dentre os três casos de concessão de prisão domiciliar, o fato de que as mães presas se encontravam em estado gestacional ou puerperal. Como resultado evidenciou-se o número de 1 lactante, 1 gestante e 1 mãe não lactante. Ou seja, um caso relacionado a gestação e os dois demais casos relacionados as necessidades mãe e bebê ,cujas as idades dessas crianças serão trabalhadas a seguir.

²⁵⁶ Releve que o uso de algemas em algum momento da internação para o parto foi referido por 36% das gestantes, sendo que 8% relatou ter ficado algemada mesmo durante o parto. Essa mesma pesquisa assevera que: a precária assistência pré-natal, o uso de algemas durante o trabalho de parto e parto, bem como o relato de violência e a péssima avaliação do atendimento recebido, denotam que o serviço de saúde não tem funcionado como barreira protetora e de garantia dos direitos desse grupo populacional. LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva; PEREIRA, Ana Paula Esteves; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZÉ, Bernard. **Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2061.pdf> . Cpturado em 27 de janeiro de 2019.

²⁵⁷ Por meio da Resolução 2010 de 2016 de 22 de julho de 2010, o Conselho Econômico e Social recomendou à Assembleia Geral a adoção do seguinte projeto de resolução: Regras de Bangkok Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

Em relação, ao aleitamento materno, e as necessidades no período gestacional, pode-se penar como garantia o direito à saúde²⁵⁸ que é constitucionalmente assegurado e deve ser desfrutado por todas as mulheres, estando ou não sob pena privativa de liberdade²⁵⁹. Os cuidados médicos na gestação e após o parto são fundamentais tanto para a mulher quanto para a criança. Com os exames médicos realizados no pré-natal é possível identificar muitos problemas de saúde que costumam atingir a mãe e seu bebê. A exigência de uma atenção especial nesta situação decorre das próprias condições inerentes à gestação, sendo uma especificidade de gênero que deve ser levada em conta em uma política pública voltada a população feminina encarcerada.

Oportunamente, válido dissertar sobre a amamentação como um direito da criança e da mãe²⁶⁰. Gominho²⁶¹ assevera que mesmo ante a existência de programas que promovam o acesso dessas mães encarceradas às informações sobre o aleitamento materno, não existe nenhuma inquietação com a salubridade do ambiente e a importância dos vínculos afetivos que têm dentro da relação mãe-bebê. É admissível supor que determinadas leis sobre esse tema existam muito mais para garantir a saúde física da criança do que priorizar o afeto na relação mãe-bebê.

²⁵⁸ O direito à saúde, é um direito social, garantido constitucionalmente, sob o fundamento da Constituição Federal de 1988, em que o seu art. 6º dispõe: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição, essa redação foi instituída pela Emenda Constitucional nº90, de 2015.

²⁵⁹ “Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido” (art. 14. § 3º da Lei nº. 7210/84, com as alterações da Lei nº. 11942/09) “(...) a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente (...)”, com fundamento o art. 89 da Lei nº. 7210/84, com as alterações da Lei nº. 11942/09. Desse modo, “Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal”, segundo disposição do art. 8º, §4º da Lei 8069/90, com as alterações trazidas da Lei nº. 12.010/2009. Assim, a “A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção”, conforme o art. 8º, §5º da Lei nº 8069/90, com as alterações da Lei nº. 12.010/2009.

²⁶⁰ A Constituição Federal do Brasil garante que: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com os seus filhos durante o período de amamentação”, conforme disposto no art. 5º, inciso L da Constituição Federal de 1988. Assim, a “O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade”, como disposto no art. 9º da Lei nº 8069/90, com as alterações da Lei nº. 12.010/2009. Outro dispositivo legislativo assevera que “Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade” com fundamento no art. 83. §2º da Lei nº. 7210/84, com as alterações da Lei nº. 11942/09. Por fim as Regras de Bangkok recomendam: “Não se impedirá que as presas amamentem seus filhos, a menos que haja razões médicas concretas para tal”. Com fulcro nas Regras Mínimas para o Tratamento de Mulheres Presas” ONU/2010.

²⁶¹ GOMINHO, Dorcas Luisa Barretto. **Amamentação no Cárcere: Vínculos e Rupturas**. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/11/doctrina44476.pdf>. Capturado em 15 de janeiro de 2019.

Esse vínculo mãe-bebê é impactante tanto no desenvolvimento da criança, quanto para a parturiente. Qualquer que seja o lugar e tempo de convivência entre mãe e criança, a ruptura mãe-bebê é uma implacável realidade. O filho é apartado compulsoriamente de sua mãe. Além disso, a relação corpo-a-corpo das mães com seus bebês são precários. Por conseguinte, é possível perceber que há apreciações sobre a inospitalidade do ambiente carcerário e o período de permanência da mãe com seu filho que geram embaraços porque se acredita que o tempo de convivência da mãe com o seu bebê, no cárcere, é ínfimo.

Há o direito de escolha da mãe que, em querer, ou não querer ficar com a criança, durante o período permitido legalmente²⁶². Na relação com a mãe durante a gestação, no processo de parto ou logo após, pode haver expressão da mulher quanto a não desejar ficar com o filho. É essencial acatar tal manifestação, o Estado tem a obrigação de norteá-la quanto a seus direitos e acionar a Vara de Infância e Juventude do município, a quem competirá deliberar o destino do bebê. A mãe tem direito de ser atendida gratuitamente por um Defensor Público. Direções múltiplas, onde há entrega da criança a terceiros sem consentimento ou autorização judicial pode tipificar o crime previsto no art. 245 do Código Penal, além de infração administrativa prevista no art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No que concerne ao tempo de permanência e momento de separação da mãe e da criança²⁶³, não há uma concordância a respeito de qual seria a ocasião ideal para a ruptura do convívio da criança com a mãe encarcerada e também não há consenso a respeito sobre qual seria o tempo mínimo e máximo adequado para a continuação da criança em ambiente prisional.

A despeito da controvérsia, a normativa vigente dá algumas diretrizes, a exemplo da Lei de Execuções Penais, a qual prevê como ocasião mínimo de permanência o tempo de 6 meses e institui que as penitenciárias femininas deverão dispor de creche para acolher crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos, quando estas não apresentarem outro familiar que possa assisti-la e a responsável estiver presa. Todavia, é direito da criança o ingresso à escola pública e gratuita nas proximidades de sua residência (art. 53, inc. V, do

²⁶² “As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude” (Art. 13, Parágrafo Único da Lei nº 8.069 de 1990, com as alterações da Lei nº. 12.010/2009)

²⁶³ “Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade” assegura o art. 83, §2º da Lei nº. 7210/84, com as alterações da Lei nº. 11942/09, nesse sentido “Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa” conforme disposto no art. 89 da Lei nº. 7210/84, com as alterações da Lei nº. 11942/09.

ECA) e dever do Estado o acolhimento de crianças em creches e pré-escola (art. 54, inc. IV, do ECA), o que gera outro conjunto de problemas.

Aliás, o direito à liberdade da criança pressupõe que ela tem direito a participar da vida comunitária, sem discriminação (art. 16, inc. V, do ECA) e o seu direito ao respeito a inviolabilidade de sua integridade física, psíquica e moral, compreendendo a precaução da imagem, da identidade, deve ser garantido as crianças, filhas de mães encarceradas, a entrada a creches comunitárias comuns, em ambiente diverso ao do estabelecimento penitenciário, com serviços de transporte providenciados pelo Poder Público.

Deste modo, deve-se garantir o desenvolvimento da criança regularmente, sem prejuízo de seu contato, posteriormente ao período escolar, com as genitoras. Com fundamento na Resolução Nº. 9 de 2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária²⁶⁴, qual, prevê que deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até 1 ano e 6 meses junto as suas mães. Essa Resolução também abaliza que o procedimento de separação da mãe e da criança deve ser progressivo. É basilar que este processo se amplie de forma gradual e sempre leve em conta as particularidades de cada caso e o melhor interesse da criança.

Depois da separação da criança deve ser garantido à mãe o direito de estar junto sempre que possível com seus filhos, com o objetivo de sempre preservar a manutenção do vínculo materno-filial.

Preconiza-se pelos cuidados com os vínculos afetivos entre a mãe e seu filho²⁶⁵, a ocasião de afastamento da mãe encarcerada e seu filho, seja ele bebê, criança ou adolescente, é doloroso e marcante para ambos. Mesmo que este continue junto ao seu pai ou família extensa, a mulher não submergir sua identidade materna. Esse fenômeno faz com que o ônus

²⁶⁴ Tendo em vista que “a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua (seu) filha (o) e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro.” (art. 2º). na Resolução Nº. 9 de 2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, atualizada em dezembro de 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/2011/RESOLUCAON92011ATUALIZADADEZEMBRO.2017.pdf>. Capturada em 11 de janeiro de 2019.

²⁶⁵ Como já explicitado, “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes” (art. 19 da Lei nº 8.069/90, com as alterações da Lei nº. 12.010/2009. Nesse sentido “A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei”, com fulcro no art. 19, § 3º da Lei nº 8.069/90, com as alterações da Lei nº. 12.010/2009.

de permanência longe do filho por extensos períodos seja fator de relevante angústia no cumprimento da pena dentro da prisão.

A despeito a legislação prever a existência de creches dentro das penitenciárias para crianças até 7 anos, a realidade mostra uma significativa divergência entre a norma e a configuração atual do sistema carcerário brasileiro. É nesta fronteira, do encorajamento da mãe encarcerada como figura de afeto e proteção mesmo longe dos seus filhos, que estas próximas reflexões se dedicam, posto que a permanência em ambiente carcerário, de crianças não é o mais adequado e saudável possível.

Por isso, válido é refletir sobre as diversas modalidades de imposição de penas a essas mães, faz-se necessário. Como alternativa a prisão preventiva, a prisão domiciliar aponta uma possível solução a esse controverso e complexo fato em questão.

Muito apreciadas e discutidas academicamente, as formas de resposta aos delitos, que alcancem satisfatoriamente uma resposta aos conflitos sociais de máxima gravidade.

Além disso, salienta-se o fato de que existem modalidades diversas da prisão, que apresentam-se mais eficazes aos casos objetos desse estudo. Correia²⁶⁶ em sua tese de doutorado, afirma que a Busca por alternativas à prisão é antiga, e a vigilância eletrônica surgiu como uma solução tecnológica. Afirma ainda que, a experiência estrangeira revela bons resultados no uso da vigilância junto a programas de acompanhamento social. No Brasil, o monitoramento eletrônico foi introduzido por lei na execução penal e como medida cautelar. Interessante seria que fosse estabelecido como modo de execução da prisão, alternativa aos estabelecimentos penitenciários. Dessa forma, o monitoramento eletrônico restringe direitos fundamentais e, assim, deve ser previsto em lei, limitado à restrição imposta, aplicado se necessário e com a menor visibilidade possível.

Novos caminhos, para além do cárcere, passam a ser cada vez mais discutidos e ponderados como solução possível e socialmente apropriada à resolução de infrações. É necessário, pois, ter como ponto de partida a abordagem crítica ao sistema penal e à pena de prisão para sugerir e conhecer de fato vias alternativas²⁶⁷.

Prosseguem os autores, Costa e Machado, afirmando que, ainda em relação às modalidades de pena que não alcançam o direito fundamental à liberdade não rompem com a

²⁶⁶ CORRÊA Junior, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. Disponível em: file:///C:/Users/casa/Downloads/VERSAO_COMPLETA_DA_TESE_MONITORAMENTO_ELETRONICO_DE_PENAS.pdf. USP. São Paulo 2012. Capturada em 17 de janeiro de 2019.

²⁶⁷ COSTA. Daniela Carvalho Almeida da. MACAHADO Jr. Elisio Augusto de Souza Machado Júnior. **Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna?**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR | Curitiba, vol. 63, N. 1, JAN./ABR. 2018 | P. 65 – 91. Disponível em: <file:///C:/Users/casa/Downloads/54226-232142-1-PB.pdf>. Capturado em 15 de janeiro de 2019.

racionalidade moderna, posto que estão impregnados consigo de remotos dogmas penais que suprimem qualquer probabilidade real de solução do conflito.

A respeito das penas, advertiu Luigi Ferrajoli²⁶⁸ que nos derradeiros decênios do século XX, o aparelho de penas centralizados na pena de prisão penetram em densa crise, pois não estão em circunstâncias de satisfazer as finalidades que abonam o direito penal, quais sejam: não previne novos delitos, dado pelo de comum acordo reconhecido caráter criminógeno dos cárceres, também não antepara a vingança privada ante a cruel exploração que a imprensa faz dos fatos criminais e da superexposição de seus autores, em verdadeira precocidade da punição.

Dado o exposto até o presente momento, urge a necessidade de se ganhar novo impulso a proposta de execução das penas em meio aberto, com ampliação da utilização das prisões domiciliares, por exemplo, num padrão qualitativo novo e diferente de pena.

Isto posto, individualização e execução da pena, de maneira consciente das alternativas à prisão na conjuntura da política criminal não deve vulgarizar o exercício do poder de punir de um Estado, devendo esse estar empenhado com a promoção da dignidade humana e com a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, nos termos do artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil.

As reflexões ditas até este momento são a favor de o bebê permanecer mais de seis meses com a mãe. Contudo, mesmo a criança permanecendo por mais de seis meses no cárcere, isso não garante um atendimento satisfatório dos seus direitos à alimentação, educação, saúde e etc. Isto posto, é inegável que o crescimento em ambiente insalubre trará embaraços na relação mãe-bebê²⁶⁹. A partir disso, uma saída sugerida é a prisão domiciliar que autoriza às mães conviver com seus filhos.

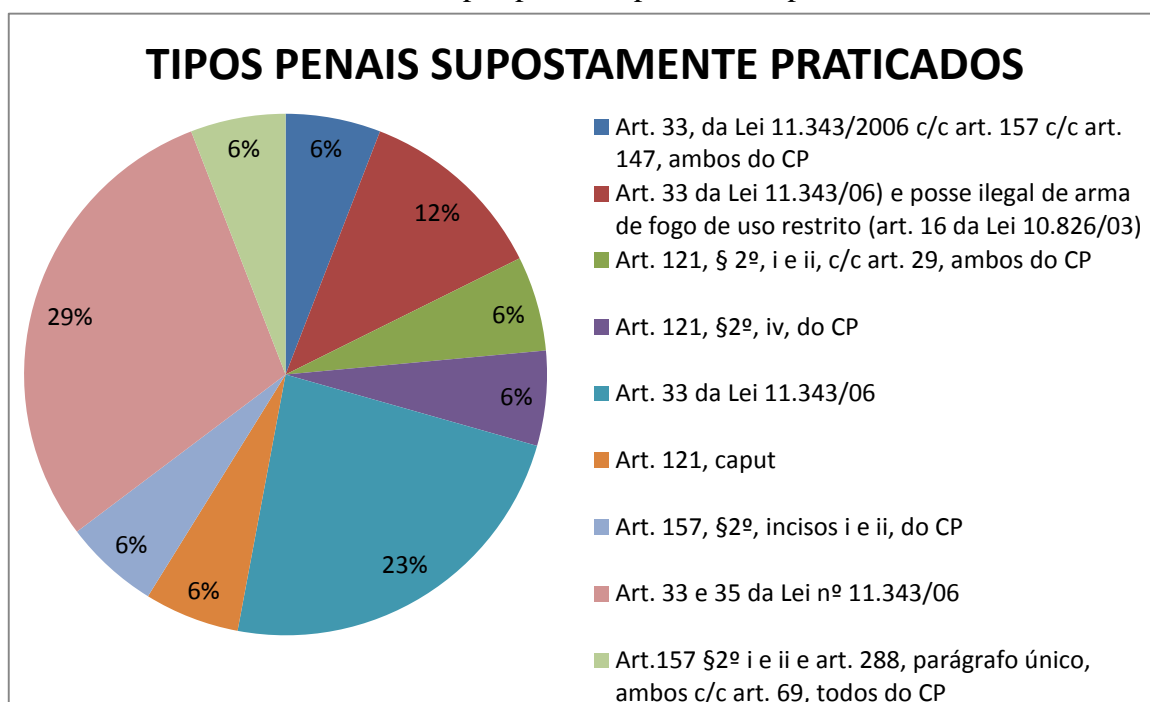
²⁶⁸ Assevera Luigi Ferrajoli que o padrão teórico da privação de um período abstrato de liberdade em igualdade de circunstâncias para todos as pessoas condenados e por tempo previamente acurado concebeu um avanço em relação às penas capitais, corporais e mutiladoras. Dois séculos de prática cotidiana confirmam que o cárcere é ao próprio do tempo uma criação antiliberal, desigual, lesiva para a dignidade das pessoas, aflitiva tanto física quanto psicologicamente e inútil aos empregos propostas. Todavia, lembra o autor que a banimento da pena de prisão como centro do aparelho penal é um processo gradual, unido ao progresso cultural, que passa essencialmente pela minimização da sua permanência como uma etapa cogente desse processo. Ferrajoli, Luigi **Derecho y razon**. Ob. cit., p. 411-414.

²⁶⁹ Para não expor crianças indefesas a riscos, a Lei de Execução Penal, a Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, prevê a obrigatoriedade de inclusão de berçários e creches em presídios femininos, e mesmo assim a exposição ambiente insalubre e inseguro permanece. Ocorre que, mesmo assim nem todos os estabelecimentos carcerários possuem instalações adequadas. Como por exemplo o Conjunto Penal Feminino em Salvador, Bahia. Lá as crianças, então, permanece na cela com mãe e tenta-se fazer o possível para a mãe ficar sozinha com o filho durante o período de amamentação, para que não tenha contato com outras internas. Devido ao sentimento materno das outras detentas, grande é o desejo de ficar pegando nas crianças o tempo todo, ocorre que muitas delas são soropositivas, têm problemas de saúde inclusive doenças infectocontagiosas. D'EÇA, Aline. **Filhos do Cárcere**. EDUFBA, Salvador 2010.p.80-81.

Outro argumento relaciona-se a facilitação exames de pré-natal afastados das insalubridades e inospitalidade do complexo penitenciário²⁷⁰. Tal solução é baseada na prerrogativa que o regime aberto em residência particular poderá ser utilizado quando a mulher for gestante.

Em continuidade a análise de conteúdo, vislumbra-se os conjecturados casos dos tipos penais supostamente praticados pelas mães encarceradas, que requererem a conversão da prisão domiciliar pela prisão preventiva no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Gráfico 9 - Tipos penais supostamente praticados



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

Os resultados apontam uma predominância, 23% tráfico de drogas e 29% pela suposta prática em associação com duas ou mais pessoas para o tráfico de drogas, 3 casos em que

²⁷⁰ O Código de Execução penal assegura o direito à tratamento médico, sob o fundamento do Art.14 § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Ocorre que, “a atenção à gestação deveria ser iniciada desde a admissão da mulher na prisão, com a oferta do teste de gravidez durante o exame de ingressantes, como previsto pelas normas nacionais e internacionais, o que levaria a um maior benefício com o cuidado pré-natal. No entanto, apenas 35% das mulheres encarceradas tiveram um pré-natal adequado e esse percentual foi duas vezes menor que o encontrado na pesquisa “Nascer no Brasil”, onde 76% das mulheres tiveram início precoce e 73% ao menos seis consultas de PN. Para as gestantes atendidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) esses valores foram de 73% e 68%, respectivamente, o que mostra a desvantagem das mulheres encarcera das mesmo quando comparadas às usuárias do SUS, que têm condições sociais semelhantes”. LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva; PEREIRA, Ana Paula Esteves; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZÉ, Bernard. Nacer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2061.pdf>. Cpaturado em 27 de janeiro de 2019.

houve ao enquadramento de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, art. 16 da Lei 10.826 de 2003, combinado com art. 33 da Lei 11.343 de 2006 foram 2 casos. Ou seja, adequada a alvitre de que, essa análise de conteúdo, deu-se por meio da busca pela expressão: “Habeas Corpus Coletivo”, no período correspondente de 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019.

Os demais casos relacionam-se a suposta prática do art. 33, da Lei 11.343/2006 c/c art. 157 c/c art. 147, correspondendo a 6%, ou seja, tráfico de drogas combinado com roubo em 1 caso, 2 casos envolvendo homicídio, com os seguintes supostas tipificações: art. 121, § 2º, I e II, c/c art. 29, ambos do CP, e art. 121, §2º, IV, do CP. Dois foram os casos relacionados a roubo, art. 157, §2º, incisos I e II do CP, art.157 §2º I e II e art. 288, parágrafo único, ambos c/c com o art. 69, todos do CP.

Quatros casos com a tipificação no art. 33 da Lei 11.343/06, meramente tráfico de drogas. Em contrapartida, são 5 casos envolvendo tráficos de drogas e associação para o tráfico. Dado a maior incidência desse tipo, posteriormente será feita a análise desses casos em específico.

Demonstrando a partir dos postulados constitucionais, que não há de se desviar-se da análise meio-fim no processo, em outras palavras, a medida cautelar preventiva (restritiva de liberdade) a prisão-pena, em que a prisão provisória não deve ser mais gravosa que aquela pena advenha da sentença, de início da proporcionalidade, porquanto, em derradeira análise o réu estaria sendo punido antecipadamente pelo processo²⁷¹.

Um aspecto relevante a ser analisado na pesquisa, é a suposta prática de crimes de tráficos de drogas. Especificamente, foi constatado que em relação ao montante de mães em prisão preventiva. Já a crida incidência no art. 33 da Lei 11.343/06 foram de 4 casos, um total de 23%, em outras palavras, pela suposição de exercício de tráfico de drogas. Outros 5 casos, correspondendo a 29%, em que incide supostamente o Art. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, tráfico de drogas combinado com associação para tal fim. Em seguida tem-se 1 caso com suposta prática do art. 33 da Lei 11.343/06 c/c art. 16 da lei 10.826/03 correspondendo a 16% e 1 caso de porte ou posse de arma de fogo com tráfico de drogas 6%.

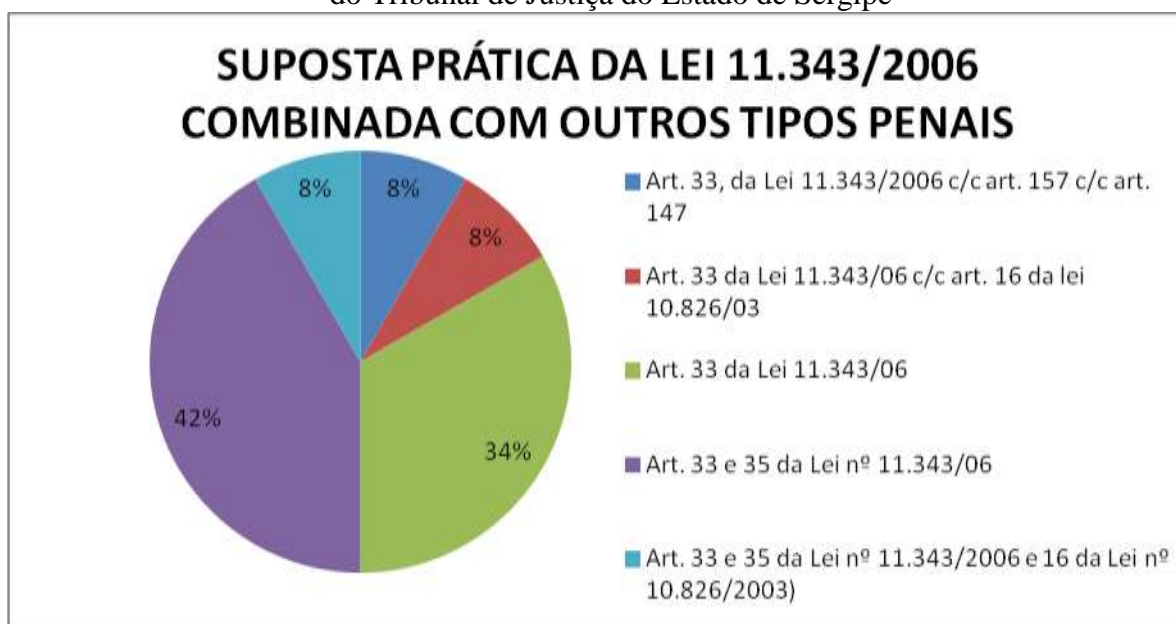
Há a constatação de apenas 1 caso em que incidiu a suposta prática do art. 33, da Lei 11.343/2006 c/c art. 157 c/c art. 147, ou seja, pela prática de tráfico de drogas, combinado

²⁷¹ Em relação à punição antecipada causada pelo processo, salienta Luigi Ferrajoli "A captura do imputado suspeito imediatamente após o fato representa, indubitavelmente, medida de defesa social mais eficaz: primeiro se pune, e, depois, se processa, ou melhor, se pune processando. E se configura como a forma mais conspícua da mutação do processo em pena informal" Ferrajoli, Luigi. "**Direito e Razão**: Teoria do Garantismo penal. prefácio da 1ª ed. Italiana", Norberto Bobbio. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p.:716.

com roubo, e crime de ameaça, correspondendo a 6%. Por fim a conjecturada de 1 caso em que advém os arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/2006 e 16 da Lei nº 10.826/2003, em outras palavras por tráfico de drogas com, combinado com associação para tal fim e posse de arma de fogo, 6%.

Ainda em relação aos tipos penais supostamente praticados pelas mães encarceradas, que requererem a conversão da prisão domiciliar pela prisão preventiva no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Foi feita, o levantamento dos casos envolvendo incidência da Lei 11.343 de 2016 das mães no cárcere nos Habeas Corpus do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Oportuno destaca-se que, essa análise de conteúdo, deu-se por meio da busca pela expressão: “Habeas Corpus Coletivo”, no período correspondente de 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019. O gráfico demonstra:

Gráfico 10 - Suposta incidência da Lei 11.343/2016 das mães no cárcere nos Habeas Corpus do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

Os números demonstram que é evidente, que a maioria supostamente incide sobre a prática do previsto no art. 33 e 35 da Lei 11.343 de 20116, 42% das mães encarceradas preventivamente, que requereram prisão domiciliar no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, nos termos anteriormente explicitado. Observando que de maneira genérica, a violência e grave ameaça esteve presumida na prática desse tipo²⁷².

272 Diz-se presumida, pois nos casos não foram constatada de fato agressões físicas. Nem a requisição, dentre a maioria dos crimes pela tipificação no Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: IVIV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma

A hegemonia das acusações por tráfico de entorpecentes ainda é uma variável importante a ser ponderada. Pois a aplicação da Lei de Drogas, Lei n. 11.343 de 2006, combinada com o fator da presunção absoluta de violência ou grave ameaça, implica uma enorme limitação à concessão de benefícios processuais e correlacionados à prisão domiciliar, favorecendo a manutenção da prisão preventiva, e de outras medidas cautelares.

No tocante à questão das drogas, Wacquant²⁷³ ressalta que o argumento comumente evocado de que a inflação carcerária obedece a uma redução automática da criminalidade ao “neutralizar” os condenados atrás das grades, que assim não oferecem mais perigo, revela-se superficial, pois, “quando aplicado à delinquência de baixa periculosidade, o encarceramento desmesurado equivale a ‘recrutar’ novos delinquentes por efeito de substituição”. Uma comerciária de pequena quantidade de droga detida é de pronto substituída por outra, contanto que exista uma demanda do produto e expectativa de lucro. E essa suplente estará mais motivada à violência para se constituir e afiançar seu negócio, resultando em mais criminalidade. Ademais:

A prisão tem a característica de uma bomba social que aspira e expelle: ela devolve à sociedade indivíduos capazes de cometer ainda mais delitos e crimes em virtude do corte sociobiográfico que a reclusão exerce; da carência de programas de “reinserção” durante e após o encarceramento; e da série de restrições, incapacidades e outros prejuízos decorrentes de uma passagem pela polícia²⁷⁴.

Chernicharo²⁷⁵ sopesa que a expectativa de trabalho na função de *mula*²⁷⁶ exige das mulheres uma postura passiva e ardilosa, pois seus corpos admitem o deslocamento da droga em mais lugares e em condição de vulnerabilidade em que comumente se localizam, previnem

de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva, conforme a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. A respeito da conexão entre violência e substâncias entorpecente, saliente Minayo e Deslandes: “Para encontrar nexo causal entre determinadas substâncias e violência seria necessário saber se os comportamentos e atitudes violentas ocorreriam ou não no interior desses segmentos, caso a droga e o álcool não estivessem presentes. As evidências empíricas sugerem que drogas ilícitas e álcool desempenham importante papel nos contextos onde são usados, porém sua importância fica em grande medida dependente de fatores individuais, sociais e culturais”. MINAYO, Maria Cecília de Souza; e SUELY FERREIRA DESLANDES. **A complexidade das relações entre drogas, álcool e violência**. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csp/1998.v14n1/35-42/>. Capturado em 17 de janeiro de 2019.

²⁷³ WACQUANT, Loïc. **A aberração carcerária à moda francesa**. Dados, v. 47, n. 2, 2004, p. 222.

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil** / Luciana Peluzio Chernicharo. 2014, p. 11.

²⁷⁶ Esse é um termo coloquial que refere-se a posição no comércio de tóxicos ilícitos. A esse respeito: “Esse aumento de mulheres presas por causa do tráfico teria por causa a maioria das mulheres desempenhar funções subalternas na escala hierárquica, sendo, assim, mais facilmente presas, em ordem decrescente de frequência e importância da função feminina associada ao tráfico: “bucha” (pessoa que é presa por estar presente na cena em que são efetuadas outras prisões), consumidoras, “mula” ou negocia pequenas quantidades no varejo, “cúmplice” ou “assistente/fogueteira”. BIANCHINI, Alice; BARROSO, Marcela Giorgi. **Mulheres, tráfico de drogas e sua maior vulnerabilidade: série mulher e crime**. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/54/docs/artigo_-_mulheres,_tráfico_de_drogas_e_sua_maior_vulnerabilidade.pdf. Capturado em 28 de janeiro de 2019.

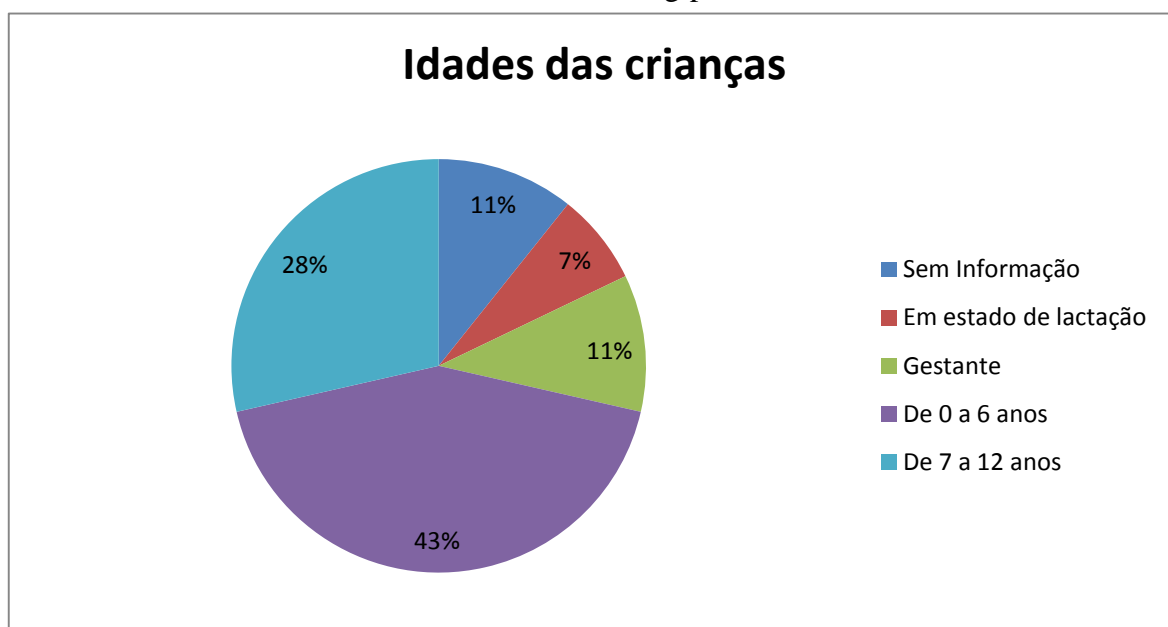
com que denunciem aqueles que realmente lucram com o comércio de drogas. Além disso, o aprisionamento feminino, afeta as famílias das incriminadas, pois, em geral, as mulheres²⁷⁷ debeladas ao cárcere por crimes relacionados à Lei de Drogas são jovens, detêm baixa escolaridade, têm filhos, proveem os víveres familiares, são originárias de extratos sociais desfavorecidos economicamente e cumpriam atividades de trabalho informal.

Além disso, no geral, de acordo com os resultados da organização Reforma Penal Internacional²⁷⁸. Nascidas em famílias economicamente menos abastadas e vulneráveis, comumente sofreram algum tipo de abuso físico ou emocional, o que evidencia o aumento do aprisionamento feminino está intrinsecamente relacionado à pobreza.

A vulnerabilidade das mulheres encarceradas é agravada para as detentas grávidas e para aquelas que, após dar à luz seus filhos durante o encarceramento, habitam com eles em prisões insalubres, sob a cautela constante e num contexto conflitante com um desenvolvimento afetivo, motor e psicossocial harmonioso.

Outro aspecto importante a ser diagnosticado, diz respeito às idades dos filhos cujas mães estão encarceradas preventivamente. O arrolamento desse percentual, dos casos considerados, nesse aspecto, observa-se:

Gráfico 11 - Idades das crianças com mães em prisão preventiva no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe



Fonte: Autora. Dados da pesquisa, 2019.

²⁷⁷ LIMA, Raquel da Cruz. **Mulheres e Tráfico de Drogas: uma sentença tripla** – parte I. instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Disponível em:< <http://ittc.org.br/mulheres-e-trafficode-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-i/>>. Acesso em 9 de janeiro de 2018.

²⁷⁸ Penal Reform International. **Penal Reform Briefing**. nº 3, 2008. Disponível em:< <https://www.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/brf-03-2008-women-in-prison-en.pdf>>. Acesso em 9 de janeiro de 2019.

Em relação à idade das crianças cujas mães estão encarceradas, dentre os 17 casos coletados, revelou-se que 3 casos, não informaram especificamente a idade das crianças, o que correspondente a um percentual de 11%. Em se tratando de crianças em sua primeira infância foi demonstrado o número de 12 crianças, ou seja: 43%. De 7 a 12 anos de idade, o percentual de 28%, isso quer dizer um montante de 8 crianças. Interessante ressaltar, que dentre o total de casos em estudo, apenas 2 processos informaram exatamente o estado de lactação da mãe encarcerada ou seja 2 mães lactantes o que quer dizer 7%, e 3 mães gestantes presas encarceradas satisfazendo 11%.

Alguns pontos de tensão são observados ao serem correlacionadas às medidas de proteção e garantias da criança com direitos da mulher presa alusivas à execução penal. Assim, por exemplo, os atributos do filho ser nascituro, menor de 7 anos ou portador de deficiência são utilizadas como argumentos e, em alguns casos, justificam a concessão do pedido de prisão domiciliar, a partir de uma interpretação equitativa, convergem com os critérios legalmente previstos. Outro episódio revelador incide na questão de que 43% das crianças com mães encarceradas preventivamente, estão em sua primeira infância. O fato, é que mães em prisões, afetam o desenvolvimento das crianças, estando os impúberes dentro ou fora das prisões.

Para a criança, as circunstâncias que a prisão oferece tendem a embaraçar um bom desenvolvimento, pois os presídios femininos, assim como os masculinos, não foram desenvolvidos para propiciar o vínculo familiar, especialmente entre mães e filhos, muito menos promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil. Psicanalistas defendem que o mais prejudicial para um filho seria a privação materna, a ausência ou o rompimento do vínculo mãe-bebê, posto ser fator marcante²⁷⁹.

Nas lições de Viafore²⁸⁰ o convívio da apenada com o filho modifica seus modos, atenuando os comportamentos hostis e agressivos. Essas modificações também são notadas pelas colegas de cárcere. Do mesmo modo, a estudiosa afirma que, a privação pela qual a criança ocorre deixa manifesta a discrepância no desenvolvimento entre um impúbere “livre” e uma criança que convive em instituições totais de um cárcere.

O debate sobre a influência mútua, entre filhos de mulheres encarceradas preventivamente, é complexo e deve fomentar que essas alterações sejam ampliadas em futuras pesquisas acadêmicas. Isso porque, sobretudo o número de mulheres encarceradas está

²⁷⁹ STELLA, Cláudia. **Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos**. São Paulo: LCTE Editora. 2006 p.18;46.

²⁸⁰ VIAFORE, Daniele. **A gravidez no cárcere brasileiro** : uma análise da Penitenciária Feminina Madre Palletier. Direito & Justiça, Porto Alegre, v.31, n.27, 2005. p. 91-108.

em constante crescimento. Entretanto, os estudos referentes às prisões femininas continuam escassos, principalmente quanto às presas que permanecem com seus filhos nos alojamentos carcerários.

Torna-se essencial para base garantista constitucional, que a interpretação das normas constitucionais não perca seu rumo. E por assim dizer, não percam sua essência, mesmo que seja necessário adotar uma interpretação evolutiva. Pois o distanciamento da normatividade constitucional, em relação ao que o órgão julgador aplica, demonstra a inefetividade do modelo adotado no contexto do ordenamento jurídico. Por assim dizer, para se concretizar o modelo garantista deve-se respeitar os direitos dos fracos ainda que se contraponham aos dos mais fortes, não podendo o direito das minorias marginalizadas serem rechaçadas pela maioria integrada e aceita pela sociedade, buscando-se dessa forma a igualdade material e fática entre as pessoas.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo dos capítulos e dos argumentos apresentados desta dissertação, há que se concluir que:

1. Do que se discorreu sobre a primeira infância e o sistema de garantias à luz da teoria de Ferrajoli, na primeira parte da pesquisa foi diagnosticado o porquê da importância da implementação de princípios relacionados à infância. Nesse sentido, o conceito de infância, por meio do estudo dos Ciclos da Vida humana, vem elucidar tal questão.

Assim, infância é o ciclo singular do indivíduo, sujeito de direito. Esse período caracteriza-se por ser irretroativo e estruturado às circunstâncias de forma intrínseca e extrínseca, em diacronia ou sincronia com seu incremento físico, mental e social de pessoa humana em condição peculiar, e que por isso é digno de garantias individualizadas.

Essa condição especial de desenvolvimento do ser humano enseja a reafirmação da outorga de um regime diferenciado de preservação para que seja possível garantir a construção de suas potencialidades humanas em sua plenitude, tendo em vista que crianças são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade..

Constata-se que os direitos fundamentais, são promessas basilares, pautadas em garantias. O direito à vida, liberdade e especificamente da convivência familiar e comunitária das crianças cujas genitoras estão encarceradas, como exemplos, são construídos por meio de princípios, e de leis que limitam o arbítrio do Estado.

Ferrajoli, em sua obra *Derechos y garantias: La ley del más débil*, a respeito do direito como sistema de garantias afirma em matéria de Estado Constitucional pode depreender que, os direitos positivados se localizam coligados no ordenamento do Estado Democrático de Direito, em forma de vínculo e limites jurídicos, sendo nesse ponto que se repousa a inovação da estrutura da legalidade, advertindo ainda que esse aspecto é uma das vitórias mais importantes do Direito contemporâneo.

Particularmente, o garantismo, em matéria penal, incluído como um movimento teórico de Estado de Direito apreendido, não apenas como protetor dos direitos de liberdade e demais direitos fundamentais, mas que como fundamento de uma sua visão sobre a finalidade da pena, na concepção da Teoria do Garantismo Penal.

Dos Direitos Fundamentais dos cidadãos, extraem-se sua legitimidade bem como a capacidade de se reconstruir, sem apelar à violência subversiva. Importante destacar que a aplicação desses princípios, em se versando de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento; e considerando-se que a criança e adolescente não apenas são sujeitos de

direitos, mas também possuem o enquadramento como cidadãos, uma ratificação legislativa da primeira infância conforme o art.4º inciso I da Lei 13.257 de 2016, devem ser feita sob a luz das garantias constitucionais e processuais expressamente reconhecidas.

À vista disso, o garantismo pode ser explicado como uma Teoria do Direito, que propõe um juspositivismo crítico, obtemperado ao juspositivismo dogmático. Assinala-se como uma filosofia política, que institui o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, carece do reconhecimento e da efetiva cobertura, não bastando apenas o seu a consideração, mas sua fática efetividade.

Os conflitos sociais podem ser deliberados por outros instrumentos que não os penais, tolerado confessadamente apenas quando houver uma ameaça aos direitos fundamentais, nesse ultimo caso é que o Direito Penal se autentica como forma de solucionar tais conflitos. Pensar em alternativas a prisão preventiva deve ser o meio, entre as proposições, é o que deduz o estudo.

2. Com as inovações trazidas pelo Marco Regulatório da Primeira Infância, especialmente no artigo 318. Sugere-se que se deve fazer teoricamente, a utilização da técnica de ponderação de interesses, apresentada por Sarmiento, desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, em detrimento do princípio do melhor interesse da criança. Esse procedimento tem por objetivo principal a solução de tais conflitos.

Averigua-se que a solução do conflito é casuística, pois intérprete encontra o “valor”. com isso, tacitamente e por comparação, encontra também a força com que deve enquadrar a restrição a ser imposta ao princípio de menor valia diante do embate. Prontamente, almeja-se a execução da Lei nº 13.257 de 2016 em conformidade com os pareceres constitucionais, notadamente no que diz respeito às hipóteses de cabimento da substituição de prisão privativas de liberdades, reguladas no artigo 318 do Código de Processo Penal. Ou seja, a devida circunspeção de interesse entre o Jus Puniendi e o melhor interesse da criança.

3. Sabe-se que o melhor interesse da criança, nas instituições totais ou com mães encarceradas, bem como o de todas as crianças brasileiras, deve prevalecer. Deu-se na terceira e última seção que foi reservada à efetivação da pesquisa empírica, que, no presente trabalho, trata-se da análise das decisões proferidas pelo o direito de estar junto: mães e seus filhos no cárcere. Diante disso, verificou-se como se deu a aplicação pelo Supremo Tribunal Federal do Estatuto da Primeira Infância e pormenorizadamente analisar o Habeas Corpus Coletivo nº 143.641.

A decisão também foi estendida, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes

sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional. No entanto, foram excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

4. Válido notar, e trazer a baila, que essa exceção descrita no parágrafo anterior, dessa dissertação, encontra similaridade com o texto da Lei 13.769 de 19 de dezembro 2018, que inclui o art. 318 A e B no CPP, o qual versa que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Nesse sentido, o art. 318-B afirma que a substituição de que tratam os arts. 318 e 318 A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código, ou seja, medidas diversas da prisão.

Diante da decretação de uma medida cautelar, sobretudo, ante a prisão preventiva, sugere-se que seja feito um juízo de racionalidade a partir da triagem da razoabilidade, de ordem que, necessidade, adequação, e a apreciação da proporcionalidade, em que deve ser realizada primeiramente a partir do exame da adequação. Como estratégia, de aferição sugere-se que seria no momento da decretação de uma medida cautelar pessoal, notadamente a prisão preventiva, que o juiz deve sopesar a projeção, tendo como variável a imposição de uma possível pena privativa de liberdade, ou modalidade diversa em prospecção a sentença condenatória. Assim propõe-se uma alteração do Código de Processo Penal, assinalando que a proporcionalidade é um requisito para a decretação das prisões preventiva e, por outro lado, a desproporção com a pena provável autoriza a revogação de tal medida cautelar e não a criação de normas, que criem mais exceção à liberdade e a mitigação da presunção de inocência.

Ocorre que a Lei 13.769 de 2018, é clara ao mencionar no artigo 318 A inciso I- do CPP: “não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa”, pois no 318 A inciso II do CPP, afirma: “não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Esse recente fenômeno legislativo, caberá mais pesquisa e estudos quanto aos reflexos, no caso concreto, pois sem sobra de dúvidas, haverá repercussão futura dessa temática.

5. Constatou-se o fato, que em se versando do custo social da prisão feminina, há uma realidade de mulheres chefes de famílias monoparentais femininas que estão atrás das grades, tendo em vista o fato de que, à contrapartida, de todas as demandas familiares e domésticas, a elas incidem e o montante de recursos financeiros ou de serviços disponíveis gera um valor negativo que leva suas famílias, principalmente filhos e filhas, a condições de vulnerabilidade

social. Essa aferição foi constatada por meio dos ensinos, sobre interseccionalidade, a partir dos estudos de Kimberlé Crenshaw, como instrumento de análise para destacar os entrecruzamentos de sistemas discriminatórios, e o reflexo dessa problemática frente às questões de gênero no cárcere, verifica-se a necessidade de políticas públicas diferenciadas a mulheres mães de crianças no cárcere.

6. Quanto à aplicação do Habeas Corpus Coletivo nº 14.3641/SP como precedente a ser aplicado no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Pela análise de conteúdo dos casos, constatou-se que é inegável a necessidade da convivência familiar e comunitária do ser humano em sua primeira infância. Ferrajoli assevera que seria necessária uma meta garantia contra a legislação desordenada, impondo limites ao Estado, uma garantia constitucional que estabelece, o princípio da reserva da Lei e a utilização do direito penal como ultima razão em que deve ser utilizado somente em casos extremos, sugerindo uma proibição de leis fora dos códigos, contra abusos de legislações penais.

7. A apreciação dos efeitos do Habeas Corpus Coletivo no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe é relevante, pois demonstrou aspectos da realidade local, além da constatação de como está se aplicando essa emblemática decisão, pois é necessário saber a veracidade a eficácia e os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal.

De maneira resumida, os dados revelaram que com a vigência da Lei nº 12.403, justamente em 4 de maio de 2011²⁸¹, até 8 de janeiro de 2019, tem-se um total de 99 casos que registram a impetração de pedidos de prisão domiciliar de mulheres mães encarceradas preventivamente, pela busca da expressão: “prisão domiciliar filhos”. Dentre esse montante, 29 casos foram pela concessão da ordem em prisão domiciliar, em contrapartida, 70 casos mantiveram a prisão preventiva, ou seja 70,71% prisão domiciliares denegadas e 29,29% de prisão preventiva mantida.

A pesquisa na plataforma do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, com a expressão: “prisão domiciliar filhos”, durante o período entre 4 de maio de 2011 a 07 março de 2016²⁸² demonstrou que manifesta é a repercussão dos casos e que foi dada visibilidade ao famigerado problema das prisões brasileiras femininas no Brasil. Ocorre que, após a

²⁸¹ A Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011 altera dispositivos do decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - código de processo penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. A questão que concerne ao foco da pesquisa diz respeito sobre tudo, ao artigo 318, que trata da prisão domiciliar. “Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

²⁸² Aqui, o exame é especificamente entre Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011, que permite prisão domiciliar para mães, que são imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, e O Marco Legal da Primeira infância, com foco no 318 do CPP, ou seja: para conversão em prisão domiciliar das: IV – gestante, V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

emblemática decisão do STF, numericamente houve um decréscimo proporcional, de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar no Estado de Sergipe. Os números revelam, conforme análises comparativas dos dois parágrafos anteriores. Entre 8 de março de 2016 a 08 janeiro 2019²⁸³, com a expressão: “prisão domiciliar filhos” dentre esse conjunto, 22 casos com a ordem de concessão da prisão domiciliar e 64 casos pela manutenção da prisão preventiva. Aponta, 26 % de prisão domiciliar concedida e 74% de prisão domiciliar denegada. Em contrapartida. Foram revelados 3 casos de prisão domiciliar em detrimento de 14 casos de manutenção da prisão preventiva em um montante de 17 casos. Uma discrepância alarmante. Esses dados, específicos revelam uma amostra do contingente nacional, significativo. Revela um percentual de 82% de prisão preventiva em detrimento de 18% de prisão domiciliar, o período de 20 de fevereiro de 2018 a 8 de janeiro de 2019.

Esse fenômeno deu-se em virtude da expressão “violência e grave ameaça”, com 64% dos casos com esse fundamento, conforme a análise de conteúdo realizada, no fundamento das decisões. Presumir violência e grave ameaça, é um fator que agrava que determinou a não aplicação da prisão domiciliar. Especificamente, essa constatação é demonstrada em 9 casos, foram presumidas a violência e graves ameaças de supostas práticas delitivas das mães encarceradas preventivamente. Outros 4 casos, revelam em seu fundamento a indicação de indícios suficientes da materialidade e autoria, necessidade da garantia da ordem pública, como óbice a decretação da prisão preventiva em detrimento a prisão domiciliar. Em 1 caso a não concessão do Habeas Corpus deu-se pelo fato da inexistência, no processo, de comprovação do estado de filiação.

O diagnóstico geral a respeito de como foi tratado o assunto pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe exprime uma sugestão. De modo geral, expressa que existe possibilidade de decretação, diversa da prisão, tanto da preventiva, quanto da domiciliar. Essa resposta pode ser objetada pelo fato da existência de modalidade diversa da prisão preventiva para fiscalização estatal. Podem-se exemplificar os casos em que demandam tal monitoração, e necessidade fática a tornozeleira eletrônica e até mesmo aplicação de medidas cautelares com obrigação específica contígua ao Juízo da persecução criminal.

²⁸³ Aqui, repousa, análise de forma geral, Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011, que permite prisão domiciliar para mães, que são imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, e O Marco Legal da Primeira infância, com foco no 318 do CPP, ou seja: para conversão em prisão domiciliar das: IV – gestante, V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; até o dia 8 de janeiro de 2019.

Em relação à criança, pelo estudo de casos dos processos, no Tribunal de Justiça no Estado de Sergipe, revelou-se a existência de um número maior de crianças em primeira infância que sofrem as consequências de suas mães estarem no cárcere.

Tornar o tema visível e fomentar seu debate contribui não apenas para um tratamento equitativo e justo da garantia dos direitos de mulheres e crianças à saúde, maternidade e convivência familiar, mas também permitem repensarmos que modelo social e quais interesses deverão ser privilegiados na construção de políticas públicas.

Por enquanto, medidas de encarceramento têm predominado na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, ou seja, o direito de punir do Estado, transfigurado na questão da ordem pública, presunção de violência e grave ameaça preponderaram em detrimento ao princípio do melhor interesse da criança, e a convivência familiar e comunitária.

8. Pelo levantamento das hipóteses, pode-se conjecturar que o Marco Regulatório da Primeira Infância, traz alternativa a aplicação fática de princípios basilares em termos de cumprimento eficaz em relação ao fundamento do Princípio Prioridade Absoluta da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, qual seja: a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Contudo, é urgente refletir a respeito da possibilidade de outras medidas alternativas ao recolhimento institucional. Pois essa complexa questão da proteção dos direitos das crianças que crescem com suas mães no cárcere, na prática, ocorre a não efetivação da proteção aos direitos infanto-juvenis, posto que no Brasil 1.111 crianças encontram-se encarceradas em virtude de suas mães estarem detidas.

9. Houve avanço, quanto à matéria de mães e filhos e o cárcere brasileiro, mas esses são ínfimos em relação à realidade. Opera-se nesse sentido, nítida ofensa a princípios constitucionais, como presunção de inocência, legalidade, intranscendência da pena, melhor interesse da criança e do adolescente, convivência familiar e comunitária. Trata-se, pois, de limites que deveriam sempre ser resguardadas pelo Estado democrático de Direito, na perspectiva dos ideais garantista. As mazelas de gênero, cor de pele, e idade ainda preponderaram.

REFERÊNCIAS

ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. **Hard and Soft law in international governance. International Organization**, Cambridge, v.54, nº 3, p.421-456, 2000.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEJANDRO W. Slokar; ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**: Primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 4. Edição. Revan, 2011.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: Estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Princípio limitadores da execução penal**. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009.

ARIÈS, P. **História social da infância e da família**. Tradução D. Flaksman. Rio de Janeiro: LCT, 1978.

ÁVILA, Flávia de. **Direito e direitos humanos**: abordagem histórico-filosófica e conceitual. 1ª Ed. Curitiba: Appris, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros Editora, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: LIMA, Marcellus Polastri; RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coords.). **Estudos criminais em homenagem a Weber Martins Batista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

BARBERIS, Julio A. **La liberte de traiter des Etats et le jus cogens**. Max-Planck-Institut, 1970.. Disponível em: <http://www.zaoerv.de>. Acesso em 10 de maio de 2016.

BARDIN, Laurence. Título original: **L' Analyse de Conremt**. Presses Univcrsitaires de France. Tradução de Luís Antero Reta e Augusto Pinheiro Capa de Edições 70.1977.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. São Paulo: Record, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 2003.

Barroso, Luís R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista EMARF, Cadernos Temáticos: Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional, dez. 2010,

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Rizzoli, 1950.

BIANCHINI, Alice; BARROSO, Marcela Giorgi. **Mulheres, tráfico de drogas e sua maior vulnerabilidade:** série mulher e crime. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/54/docs/artig_mulheres_trafico_de_drogas_e_sua_maior_vulnerabilidade.pdf> . Capturado em 28 de janeiro de 2019.

BICUDO. Tatiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria geral da pena. São Paulo. Saraiva, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOAVENTURA, Edivaldo. **Metodologia da pesquisa:** Monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 5 ed. Universidade de Brasília, Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 7. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm> .

BOSCHI, José Antonio Paganella Boschi. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares: Projeto de lei nº 111 de 2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal:** As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **A identidade do preso e as leis do cárcere**. São Paulo, 2008. 215f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: file:///C:/Users/casa/Downloads/dissertacao_agabriela_completa.pdf.

_____. **Reintegração social:** discursos e práticas na prisão: um estudo comparado. 10.11606/T.2.2012.tde-07062013-140255. Tese de Doutorado. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07062013-140255/pt-br.php>>. USP. São Paulo. 2012.

BRASIL. **Código Penal**. CÉSPEDES, Livia; PINTO, Antônio Luiz de Toledo.

BRASIL. CNJ. **População carcerária feminina 567% em 15 anos no Brasil**. 2015 Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-nobrasil>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

EPSTEIN, Lee; GARY, King. **Pesquisa empírica em direito:** as regras de inferência. Tradução: MOROSINI, Fábio et. al. Livro eletrônico. São Paulo: Direito GV. 2013.

_____. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. CÉSPEDES, Livia; PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos (Org.). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei Federal nº 13.257/2016**. Brasília. 2016.

CANON, Bradley. **A framework for the judicial activism**. Halpern e Lamb, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CAPELLETTI e BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CEREZO, Ana I. **Women in prison in Spain**: The implementation of Bangkok Rules to the Spanish prison legislation. Disponível em: < file:///C:/Users/casa/Downloads/Cerezo2017_Article_WomenInPrisonInSpainTheImpleme.pdf f.>. Acesso em: 05 jul 2018.

CERISARA, Ana Beatriz. **A educação infantil e as implicações pedagógicas do modelo histórico-cultural**. Cedes, ano 20, n. 35, jul. 2000, p. 78-95.

CORRÊA Junior, Alceu. **Monitoramento eletrônico de penas e alternativas penais**. Disponível em: file:///C:/Users/casa/Downloads/VERSAO_COMPLETA_DA_TESE_MONITORAMENTO_ELETRONICO_DE_PENAS.pdf. USP. São Paulo 2012. Capturada em 17 de janeiro de 2019.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. MACAHADO Jr. Elísio Augusto de Souza Machado Júnior. **Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna?**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR | CURITIBA, VOL. 63, N. 1, JAN./ABR. 2018 | P. 65 – 91. Disponível em: <file:///C:/Users/casa/Downloads/54226-232142-1-PB.pdf> . Capturado em 15 de janeiro de 2019.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição viva**: Cidadania e direitos humanos. Livraria do Advogado, 2007.

CRENSHAW, kimberl. **University of California em Los Angeles Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf> . Capturada em 13 de novembro de 2018.

_____. **Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics.** 1989. Disponível em: < <http://politicalscience.tamu.edu/documents/faculty/Crenshaw-Demarginalizing.pdf> >. Acesso em: 19 dezembro de 2018.

_____. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** Revista de Estudos Feministas, v. 7, n. 12, 2002.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito:** Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Ed. Malheiro, 2014.

DAMÁZIO, Reinaldo Luiz. **O que é criança.** Brasiliense, 1991.

Aline. **Filhos do Cárcere.** EDUFBA, Salvador 2010.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza, **Curso de direito internacional público.** Rio. Forense. 2009.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese.** Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2005.

EPSTEIN, Lee; GARY, King. **Pesquisa empírica em direito:** as regras de inferência. Tradução: MOROSINI, Fábio et. al. Livro eletrônico. São Paulo: Direito GV. 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais:** Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. Tradutores do livro Diritto e Ragione: teoria dei garantismo penale, de Luigi Ferrajoli, 6.ed. Roma: Laterza, 2000: ANA PAULA ZOMER, JUAREZ TAVARES, FAUZI HASSAN CHOUKR, LUIZ FLÁVIO GOMES. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** Tradução de Perfecto A. Ibáñez e Andréa Greppi. Título original: Il diritto come sistema de garanzie. . Madrid: Trotta, 1999.

_____. **La democracia constitucional.** In: CARBONELL, Miguel de. **En democracia y garantismo.** Madrid: Trotta, 2008.

_____. **Principia iuris I:** teoría del derecho. Madrid: Trotta, 2011a.

_____. **Principia iuris II:** teoría de la democracia. Madrid: Trotta, 2011b.

_____. **Principia iuris III:** La sintaxis del derecho. Madrid: Trotta, 2011c.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** Tradução de Perfecto A. Ibáñez e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999. Título original: Il diritto come sistema de garanzie.

_____. **Teoria do direito e da democracia.** Bari: Laterza, 2007.

_____. **La semántica de la teoría del derecho.** In: Epistemología jurídica y garantismo. México: Fontamara. 2008.

FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil:** Aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FLORES, Joaquin Herrera. **Os direitos humanos no contexto da globalização:** três precisões conceituais. Lugar Comumn. 2014.

Freud S. **O ego e o id.** Rio de Janeiro: Imago; 1976.

HEINTZE, Hans-Joachim. **Introdução ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.** In: PETERKE, Sven. Manual prático de direitos humanos. Brasília: ESMPU, 2010

FORSTER, João Paulo Kulczynski; BURALDE, Camila Mousquer. **O acesso à justiça e a adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos:** Exame do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP. Disponível em: < file:///C:/Users/casa/Downloads/9FVaLIgxxu61Yrgz.pdf >. Acesso em 30 ago 2018.

GARCIA, Margarida Bosch. Um Sistema de Garantia de Direitos – Fundamentação (A). In: **Sistema de garantia de direitos:** Um caminho para a proteção integral. Recife: Cendhec, 1999.

GHIRALDELLI, Paulo Júnior. **As concepções de infância e as teorias educacionais modernas e contemporâneas.** Disponível em: <www.filosofia.pro.br/textos/infancia.htm >. GIDI, Antonio. El concepto de acción colectiva. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos:** Hacia un código modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004. Disponível em: < http://www.gidi.com.br/publications/ >. Acesso em: 14 jun 2018.

GIDI, Antonio. **El concepto de acción colectiva.** In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos:** Hacia um código modelo para Iberoamérica. 2. ed. México: Porrúa, 2004. Disponível em: < http://www.gidi.com.br/publications >. Acesso em: 14 ago 2018.

SOARES, G.F.S. **Curso de direito internacional público.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GODOY, Arilda Schmidt. **Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades.** RAE - Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 35, n. 2, p. 57-63, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rae/v35n3/a04v35n3>. capturado em 28 de Janeiro de 2019.

GOOFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** Tradução: Dante Moreira Leite; Revisão: Antenor Celestino de Souza; Produção Lúcio Gomes Machado. São Paulo. Perspectiva. 1961.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Medidas cautelares e princípios constitucionais:** comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (Org.). **Medidas cautelares no processo penal:** prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONZÁLEZ, Miguel. A construção social da infância. In: **Infância na ciranda da educação:** Uma política pedagógica para zero a seis anos. Belo Horizonte: CAPE, 1994.

HENKIN, Louis. **How nations behave.** 2. ed., New York: Columbia University Press, 1979.

KAHN, T. **Sistema prisional brasileiro:** Algumas considerações internacionais e perspectivas para os próximos anos. Revista do Ilanud, 1997.

KAHN, T. **Sistema prisional brasileiro:** Algumas considerações internacionais e perspectivas para os próximos anos. Revista do Ilanud; 1997.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARROSA, Jorge. **Pedagogia profana.** Porto Alegre: Contrabando, 1998.

LARROSA, Jorge; LARA, Nuria Pérez. **Imagens do outro.** Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas:** História, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEAL, Maria do Carmo; AYRES, Barbara Vasques da Silva; PEREIRA, Ana Paula Esteves; SÁNCHEZ, Alexandra Roma; LAROUZÉ, Bernard. **Nascer na prisão:** gestação e parto atrás das grades no Brasil. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n7/1413-8123-csc-21-07-2061.pdf> . Cpaturado em 27 de janeiro de 2019.

LOPEZ, Juana Inés Acosta; VALLEJO, Ana María Duque. Declaración universal de derechos humanos, norma de ius cogens ?, Revista Colomb. Derecho Bogotá (Colombia), n.12. 2008. MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos.** Barueri: Manole, 2003.

MAIA, Catharine. **Le jus cogens dans la jurisprudence de la Corte Interamericana des Drois de l'Homme.** In: HENNEBEL, Ludovic; TIGROUDJA, Helene. Le particularisme interamericaine des Droit de l'Homme. Paris: Pedone, 2009.

MAIER, Julio B.J. **La esquizofrenia del Derecho Penal**. In: Contornos y Pliegues del Derecho: Homenaje a Roberto Bergalli. Ciencias Sociales. Ináki Rivera, Héctor C. Silveira, Encarna Bodelón, Amadeu Recasens (Coords.). Anthropos. Editorial; Barcelona, 2006

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão cautelar e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Método, 2011.

MIARELLI, Mayra M. e Lima, Rogério M. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2012

MINAYO, Maria Cecília de Souza; e Suely Ferreira DESLANDES. **A complexidade das relações entre drogas, álcool e violência**. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csp/1998.v14n1/35-42/>. Capturado em 17 de janeiro de 2019.

MIYAMOTO, Y; KROHLING, A. **Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero**: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada. Direito, Estado e Sociedade, 40, 223-241. 2012.

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law**. São Paulo: Atlas, 2005.

NETO, Vanderlino Nogueira. Por um Sistema de promoção e proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes. In: **Revista Serviço Social e Sociedade**. Ano XXVI, n. 83. São Paulo: Cortez, Especial. 2005.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. **A importância do soft law na construção do direito internacional ambiental** In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Anais., Florianópolis. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> >. Acesso em 20 ago 2018.

PEIXINHO, Manuel Messias. **A interpretação e os princípios fundamentais**: Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PIAGET, Jean. **A construção do real na criança**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

PIAGET, Jean. **O nascimento da inteligência na criança**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POPPER, Karl Raimund. **O conhecimento objetivo**: Uma abordagem revolucionária. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1975.

QUAPPER, Claudio Duarte. **Sociedades adultocêntricas**: sobre sus orígenes y reproducción. versión On-line ISSN 0718-2236. vol.20 no.36 Santiago jul. 2012. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362012000100005. Capturado em 7 de janeiro de 2019.

RAWLS, John. **A ideia de elementos constitucionais essenciais**. In: RAWLS, John. Liberalismo político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Atica, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Reale, Miguel. **Teoria Tridimensional do direito**. 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: Curso elementar. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RICO, José María. **Justicia penal y transición democrática en America Latina**. Cidade do México: Siglo Veintiuno Editores, 1997.

ROBERTS, Anthea Elizabeth. **Traditional and Modern approaches to customary international law**: a reconciliation. American Journal of International Law, v. 95. Disponível em: www.asil.org/ajil/roberts.pdf. 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa**: O conteúdo democrático do princípio da igualdade. Revista de Informação Legislativa, v.33, nº 131, jul./set. de 1996.

SAMPAIO, Thayse Edith Coimbra. Uma Cartografia Simbólica da Pesquisa Empírica em Direito no Estado de Sergipe: desafios epistemológicos e procedimentais. In: **Metodologia, pesquisa e ensino**: formação jurídica em debate. Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Lucilla Menezes da Silva Ramos e Patrícia Araújo Lima (organizadoras). - Aracaju (SE): Evocati, 2018.

SANDEL, Michael. A new politics of the common good. **The Reith Lectures**. BBC. Jun. 30, 2009. Disponível em: < <http://www.bbc.co.uk/programmes/b00lb6bt> >. Acesso em 5 mar 2010.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**, Rio de Janeiro. Forense. 2014.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compendio de direito penal juvenil**: Adolescente e ato infracional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. GOMES, BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. **O Cabimento do Habeas Corpus Coletivo na Ordem Constitucional Brasileira**. Disponível em: http://uerjdireitos.com.br/wp-content/uploads/2015/05/uerjdireitos_habeas-corpus-coletivo-e-liberdade-re-8558101.pdf. Capturado em 28 de janeiro de 2018.

SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. 20. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVA, Amanda Daniele. **Mãe/mulher atrás das grades a realidade imposta pelo cárcere à família**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. (Coleção PROPG Digital- UNESP). ISBN 9788579837036. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/138596>>.

SILVA, Helena Oliveira; SILVA, Jailson de Souza. **Análise da violência contra as crianças e o adolescente segundo o ciclo de vida no Brasil**. São Paulo: Global Brasília. Unicef, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SKLIAR, Carlos. O ensinar enquanto travessia. Linguagens, leituras, escritas e alteridades, para uma poética da educação. Salvador. Edufba. 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 1ª ed., 2ª tir., RT, 1999.

SPOSATO, Karyna Batista. Juventude: Da invisibilidade à redução da maioridade penal. In: Gustavo Venturi (org.). **Direitos humanos: Percepções da opinião pública análise de pesquisa nacional**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

_____. **Mulher e direito penal: Mulher e cárcere uma perspectiva criminológica**. Coordenadores Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

_____.; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Orgs.) **Justiça Juvenil Restaurativa e Novas Formas de Solução de Conflitos**. São Paulo: Editora CLA, 2018.

STELLA, Cláudia. **Filhos de mulheres presas: soluções e impasses para seus desenvolvimentos**. São Paulo: LCTE Editora, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200004. Capturado em 17 de Janeiro de 2019.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. São Paulo: Leud, 1994.

TEORI, Albino Zavascki. **Processo coletivo: Tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Soft Law: um aspecto (quase) inovador do direito internacional contemporâneo**. Prática jurídica, São Paulo, Ano V, n. 49. 2006.

VALENTE, Jane. **Nas trilhas da proteção integral: 25 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Fernando Silva e Beatriz Guimarães (orgs.). Recife: Instituto Brasileiro Pró-Cidadania, 2015.

VIAFORE, Daniele. **A gravidez no cárcere brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Palletier**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v.31, n.27, p. 91-108, 2005.

VIRALLY, Michael. Réflexionssur Le “jus cogens”. **Annuaire Francais de Droit International**, vol. 12, 1966.

VYGOTSKY, Lev. Semenovich. **Pensamento e linguagem**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

WALLON, Henri. **A evolução sicológica da criança**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALLON, Henri. **A evolução psicológica da criança**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WACQUANT, Loïc. **A aberração carcerária à moda francesa.** *Dados*, v. 47, n. 2, 2004, p. 222.

WINNICOTT D. **Da pediatria à psicanálise:** Obras escolhidas. Rio de Janeiro: Editora Imago. (Original publicado em 1945). 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro:** primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____, I, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Coleção Pensamento Criminológico, 14. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAMPIER, Deborah. Agência CNJ de Notícias. **Regras de Bangkok jogam luz nas mazelas de gênero do sistema penal.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82802-regras-de-bangkok-jogam-luz-nas-mazelas-degenero-do-sistema-penal-diz-autora>>. Acesso em 3 maio 2018.

ANEXOS

Anexo 1 - PRESÍDIO FEMININO – PREFEM- BERÇÁRIO

Autor: Nayara Sthéfany Gonzaga Silva

Ano: 2012

Localização: POVOADO TABOCA, Nossa Sra. do Socorro - SE, 49160-000



Anexo 2 - PRESÍDIO FEMININO – PREFEM- BERÇÁRIO

Autor: Nayara Sthéfany Gonzaga Silva

Ano: 2012

Localização: POVOADO TABOCA, Nossa Sra. do Socorro - SE, 49160-000

